

**CECÍLIA LESZCZYNSKI GUETTER**

**PERMISSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO NA ORDEM CONSTITUCIONAL PÓS-1988**

**CURITIBA**

**2011**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**PERMISSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO NA ORDEM CONSTITUCIONAL PÓS-1988**

Monografia apresentada pela acadêmica Cecília Leszczynski Guetter ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Ângela Cássia Costaldello

**CURITIBA**

**2011**

## RESUMO

A permissão de serviço público é tradicionalmente definida pela doutrina como ato administrativo unilateral e precário, pelo qual se delega ao particular a prestação de um serviço público. A unilateralidade e precariedade da outorga são características que permitiriam diferenciá-la da concessão de serviço público, instrumento de natureza contratual e limitado por prazo. A prática e a evolução da legislação, no entanto, foram conferindo roupagem diversa à permissão, sendo que esse processo se consolidou com a Constituição de 1988, que submeteu a outorga da permissão à exigência de prévia licitação, atribuindo-lhe, por conseguinte, natureza contratual. A aproximação que essa nova normativa gerou entre os regimes jurídicos da permissão e da concessão de serviços públicos levou a que parte da doutrina resistisse em aceitar sua natureza contratual. Nesse contexto, procura-se investigar a pertinência da nova regulamentação da permissão de serviço público, para que se possa concluir pela sua prevalência, ou não, sobre a definição tradicional.

**Palavras-chave:** permissão de serviço público; serviço público; contratos administrativos.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>1</b>  |
| <b>CAPÍTULO I: ORIGEM DA PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL .....</b>  | <b>4</b>  |
| <b>1. 1. Natureza jurídica da permissão de serviço público x natureza jurídica da concessão de serviço público .....</b>                           | <b>4</b>  |
| <b>1.2. Permissão de serviço público no direito estrangeiro .....</b>  | <b>11</b> |
| <b>1.3. O surgimento da permissão de serviço público na legislação nacional .</b>  | <b>16</b> |
| <b>CAPÍTULO II: EVOLUÇÃO DA DELIMITAÇÃO DA PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA DOUTRINA BRASILEIRA .....</b>   | <b>28</b> |
| <b>2.1. Conceito tradicional de permissão de serviço público.....</b>  | <b>28</b> |
| 2.1.1. Unilateralidade da permissão de serviço público.....  | 29        |
| 2.1.2. Discricionariedade da permissão de serviço público.....   | 31        |
| 2.1.3. Precariedade da permissão de serviço público.....   | 32        |
| <b>2. 2. Permissões de serviço público limitadas por prazo.....</b>  | <b>35</b> |
| 2.2.1. Teoria das permissões de serviço público condicionadas .....  | 36        |
| 2.2.2. Teoria das permissões de serviço público qualificadas .....   | 37        |
| 2.2.3. Teoria da equiparação da permissão com prazo à concessão de serviço público .....   | 42        |
| <b>2.3. Alterações produzidas no regime jurídico das permissões de serviço público pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei 8.987/95 .....</b> | <b>43</b> |
| 2.3.1. O caráter contratual da permissão de serviço público na Constituição Federal de 1988.....   | 44        |
| 2.3.2. Permissão de serviço público como contrato de adesão .....  | 46        |
| <b>2.4. Permissão de serviço público na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....</b>  | <b>52</b> |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>CAPÍTULO III: O REGIME JURÍDICO ATUAL DA PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO .....</b>         | <b>58</b> |
| <b>3. 1. A permissão de serviço público na Lei nº 8.987/95: ato ou contrato? ....</b>      | <b>58</b> |
| <b>3.2. A permissão de serviço público na legislação esparsa .....</b>                     | <b>63</b> |
| 3.2.1. Lei 9.074/1995.....   | 62        |
| 3.2.2. Lei 9.472/1997.....   | 64        |
| 3.2.3. Lei 10.233/2011.....  | 67        |
| <b>3.3. Características da permissão de serviço público no regime jurídico atual .....</b> | <b>68</b> |
| <b>CONCLUSÃO .....</b>   | <b>74</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>  | <b>77</b> |

## INTRODUÇÃO

A permissão de serviço público, a despeito da quantidade relativamente pequena de estudos doutrinários que lhe são dedicados, é das figuras mais polêmicas do Direito Administrativo Brasileiro, uma vez que as posturas contraditórias adotadas pela legislação, doutrina e prática administrativas ao longo de pelo menos todo o século XX impediram que se forjasse sobre ela um conceito sólido.

Enquanto a doutrina administrativa brasileira sempre procurou definir a permissão de serviço público como um ato administrativo unilateral pelo qual a Administração Pública delega a execução de um serviço público a um agente privado, na legislação e na prática administrativas foram surgindo figuras nomeadas de “permissão de serviço público” de caráter nitidamente contratual.

Para completar o quadro de indefinição que sempre permeou o conceito de permissão de serviço público, duas alterações realizadas em seu regime jurídico no final do século XX vieram a dividir ainda mais a doutrina na identificação da sua natureza jurídica. A primeira foi a inclusão da permissão no art. 175 da Constituição Federal de 1988 como meio de prestação de serviços públicos pelo Poder Público, ao lado da concessão, submetendo-se sua outorga à necessidade de prévia licitação. Além disso, o inciso I do mesmo artigo atribuiu à lei a tarefa de dispor sobre o “caráter especial de seu *contrato*”. A referida lei foi editada no ano de 1995, sob o número 8.987, e foi justamente ela que provocou a segunda alteração a que aludimos, ao dispor, em seu art. 40 que “a permissão de serviço público será formalizada mediante *contrato de adesão*”.

Essas duas alterações incitaram ainda maior disputa doutrinária sobre a natureza da permissão de serviço público, visto que, se antes já era tarefa árdua diferenciá-la da concessão<sup>1</sup>, com o reconhecimento de sua natureza contratual pelos novos diplomas legislativos da matéria, essa distinção se tornou ainda mais difícil. A aproximação entre os regimes jurídicos das duas figuras foi tamanha, que alguns

---

<sup>1</sup> Em 1988, antes da promulgação da CF/88, Ivan Barbosa Rigolin já afirmava ter “absoluta convicção de que ou a concessão, ou a permissão, uma poderia desaparecer, ser extirpada do ordenamento jurídico, sem qualquer prejuízo tanto à Administração quanto aos particulares”. **A verdadeira precariedade das permissões.** In: Revista de Direito Público n. 86. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 230.

autores concluíram pela necessidade de se ignorar as inovações legislativas, sob pena de se ver extirpada do nosso ordenamento jurídico a permissão de serviço público<sup>2</sup> (posicionamento que será tratado com mais detalhamento no segundo capítulo).

A delimitação das duas figuras e a definição dos seus respectivos regimes jurídicos – se aceitarmos tratarem-se, efetivamente, de institutos diferentes, o que se abordará mais detalhadamente ao longo do trabalho –, porém, é de suma importância, não só em virtude do interesse acadêmico que possa despertar, mas também em razão de suas consequências práticas.

A jurisprudência brasileira, especialmente a recente do Superior Tribunal de Justiça, vem apresentando a tendência de parificação dos regimes jurídicos da permissão e da concessão de serviço público. Numa série de julgados sobre permissões de transporte coletivo do Estado de Minas Gerais, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a possibilidade de o permissionário de serviço público ter direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do *contrato*, como o tem concessionário<sup>3</sup>. Nos mesmos julgados, o Tribunal reconheceu que, a despeito da ausência de previsão legal específica antes da Constituição Federal de 1988, a permissão de serviço público, mesmo nessa época, sujeitava-se à necessidade de prévia licitação, assim como a concessão de serviço público, essa por força de exigência legal expressa (art. 4º, III, a, da Lei 4.717/65<sup>4</sup>).

Em outros acórdãos igualmente recentes, porém, o mesmo tribunal vem, em sentido contrário ao acima apontado, afirmando a natureza precária da permissão de serviço público (inclusive de permissões de transporte coletivo)<sup>5</sup>, o que demonstra que a matéria está longe de ser considerada pacificada.

A natureza de ato administrativo precário da permissão também serviu de fundamento ao Judiciário para justificar outros efeitos que daí decorreriam. Confira-se, a propósito, julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que se

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 767.

<sup>3</sup> Recursos Especiais nº 403.905-MG, nº 886.925-MG, nº 839.111-MG e nº 400.007-MG.

<sup>4</sup> Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral;

<sup>5</sup> Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 27.045-RJ, Recurso Especial 1.043.772-RJ, Recurso em Mandado de Segurança 22.770-DF.

invocou a precariedade da permissão como justificativa para a flexibilização da observância do direito de defesa do permissionário em processo administrativo:

ATO ADMINISTRATIVO. Permissão. Cassação por falta praticada pelo permissionário. **Direito de defesa. Garantia que deve ser interpretada de acordo com a natureza precária da permissão, evitando-se excessivo rigor formal que possa resultar, exclusivamente, em prejuízo para o serviço público.** Autor que chegou a se manifestar nos autos do procedimento administrativo, embora em sede de pedido de reconsideração. Motivos do ato não infirmados nos autos. Existência de um deles reconhecida na própria petição inicial. Inexistência de desvio de finalidade. Ato administrativo consentâneo com os princípios que norteiam a Administração e a com a natureza do instituto da permissão. Sentença que julgou procedente em parte a ação. Recursos oficial e voluntário da Municipalidade providos, improvido o do autor. *[grifos nossos]*<sup>6</sup>

A diversidade de teorias sobre a natureza jurídica da permissão de serviço público não se restringe à Academia, refletindo diretamente na prática jurisprudencial. A adoção de uma delas representa a assunção de consequências jurídicas específicas para o caso concreto, que poderiam ser diversas se adotada teoria distinta.

Resta demonstrada, portanto, a importância prática de se definir a permissão de serviço público, que se soma ao interesse acadêmico da pesquisa, dada a escassez de tratamento aprofundado da matéria pela doutrina.

Para a apreciação do tema a que nos propusemos, o trabalho será dividido em três partes.

A primeira parte do trabalho será dedicada a um resgate do contexto no qual surgiu a permissão de serviço público no Brasil, para o que serão feitas incursões também no direito comparado. No segundo capítulo, será feita uma revisão bibliográfica da matéria, com o intuito de verificar se a caracterização da permissão de serviço público feita pela doutrina foi adequada às suas bases concretas examinadas no primeiro capítulo. Na terceira parte, por fim, será analisado o regime jurídico atual da permissão de serviço público (estabelecido, principalmente, pela Lei Geral de Concessões e pelas leis setoriais do serviço público), a fim de examinar a pertinência nas novas disposições legislativas sobre a matéria, bem como a adequação das teses doutrinárias a respeito da permissão contemporânea.

---

<sup>6</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação com Revisão n. 278.053-5/3. 3ª Vara Cível. Relator: Desembargador Antônio Carlos Villen. São Paulo, SP: 09 de março de 2006.



## CAPÍTULO I: ORIGEM DA PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL

A permissão de serviço público é tradicionalmente definida pela doutrina brasileira como ato administrativo *unilateral, discricionário e precário*, pelo qual a Administração Pública outorga, ao particular, a execução de determinado serviço público<sup>7</sup>, para que o preste em seu próprio nome, remunerando-se pelas tarifas pagas pelos usuários<sup>8</sup>.

Com a evolução da prática administrativa e em função de novas disposições legislativas sobre a matéria, porém, os estudiosos da permissão de serviço público passaram a questionar a pertinência dessa definição e a admitir que a permissão se revestisse de caráter contratual, aproximando-a, com isso, da figura da concessão de serviço público.

O que se propõe nesta parte do trabalho é uma investigação dos fundamentos que levaram à elaboração daquela definição tradicional da permissão, o que servirá de base para reflexão posterior sobre a adequação do regime jurídico definido pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei nº 8.987/95 para a permissão de serviço público.

### 1. 1. Natureza jurídica da permissão de serviço público x natureza jurídica da concessão de serviço público

A permissão de serviço público, no Brasil, sempre recebeu tratamento doutrinário e legislativo ao lado da concessão de serviço público, figura que, conforme amplamente reconhecido na doutrina, no caso brasileiro, herdou as características que lhe imprimiram os tribunais franceses, posteriormente sistematizadas pela doutrina daquele país.

O final do século XIX e o início do século XX foram marcados por intensa disputa doutrinária acerca da natureza jurídica da concessão de serviço público,

---

<sup>7</sup> MELLO, Oswaldo Antônio Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 492.

<sup>8</sup> CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo Brasileiro**, v. 1. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. p. 130.

tendo, nesse contexto, destacado-se três grandes teorias: (i) a da concessão de serviço público como ato unilateral; (ii) a da concessão como contrato; e (iii) a teoria complexa, pela qual a concessão de serviço público seria composta de um ato unilateral regulamentador das condições do serviço concedido e de um contrato regendo o seu aspecto econômico<sup>9</sup>.

O norte tradicionalmente seguido pela doutrina na conceituação da permissão de serviço público é a tentativa de diferenciá-la do instituto da concessão. Por isso, julgamos necessário fazer, neste tópico, breve análise das referidas teorias sobre natureza jurídica da concessão, de modo que se possa oferecer elementos para um cotejo com a natureza jurídica reconhecida pela doutrina à permissão.

Não se pretende, aqui, esgotar o tema da natureza jurídica da concessão de serviço público, mas, apenas, fazer um breve resgate das principais teorias, a fim de se verificar se a enunciação da natureza unilateral da permissão de serviço público obedeceu ao mesmo rigor científico que a definição da natureza da concessão<sup>10</sup>.

Segundo Oswaldo Aranha B. de Mello, as teorias unilaterais da concessão de serviço público “dão maior importância à autoridade do Estado”, ao passo que as teorias contratuais “conferem maior deferência à liberdade do particular”, e as complexas “procuram conciliar a soberania do Estado com a autonomia do particular”<sup>11</sup>. A enumeração dessas três correntes – que comumente é feita nessa ordem pela doutrina – não obedece a um critério cronológico, sendo uma opção de organização sistemática – visto que a teoria contratual se subdivide em concessão como contrato privado e concessão como contrato público, aquela anterior e esta posterior às teorias unilaterais.

As teorias unilaterais da concessão de serviço público surgiram na Alemanha, especialmente a partir da doutrina de Otto Mayer, e encontraram adeptos na Itália (Cammeo, Santi Romano etc.) e na Espanha (Gomez González)<sup>12</sup>. Pode ser apontada como típica dessa corrente a definição de Otto Mayer, para quem “a

---

<sup>9</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica da Concessão**. In: Revista de Direito Público n. 19. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. p. 9-36.

<sup>10</sup> Não ignoramos as teorias mais recentes que vêm na concessão de serviços públicos um contrato plurilateral ou uma relação jurídica complexa, por exemplo. Para os efeitos desse trabalho, no entanto, entendemos não ser necessário avançar tanto na discussão sobre a natureza da concessão de serviço público.

<sup>11</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 23.

<sup>12</sup> MASAGÃO, Mário. **Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933. p. 31-33.

concessão é um ato administrativo pelo qual ao súdito se dá um poder jurídico sobre uma manifestação da administração pública”<sup>13</sup>.

Essas teorias tiveram como ponto de partida dois argumentos negativos: primeiro, o de que a concessão de serviço público não poderia ser um contrato de direito privado, porque seu regime é predominantemente o de direito público; segundo, o de que a concessão não poderia ser um contrato administrativo (i) porque tal categoria de contratos não seria possível, visto que o contrato pressuporia liberdade das partes e igualdade entre elas, qualidades que o particular não teria frente à Administração Pública, ou (ii) porque, ainda que possíveis contratos de direito público, a concessão assim não se caracterizaria<sup>14</sup>.

Partindo dessas premissas, concluíram os teóricos da concessão como ato unilateral que a vontade do concessionário não é constitutiva do negócio jurídico, ainda que, para algum deles, neste exercesse alguma influência. A vontade do particular era vista por parte destes autores como mera condição resolutiva; e, por outros, como ato unilateral ligado por uma relação de causalidade ao ato da Administração Pública, mas que, em virtude da desigualdade entre os dois sujeitos, não se funde a este último para formar um contrato (teoria da concessão como dois atos unilaterais)<sup>15</sup>.

As teorias contratuais dividem-se basicamente em (i) teoria da concessão como contrato de direito privado e (ii) teoria da concessão como contrato de direito público.

Para os adeptos da primeira corrente – especialmente os doutrinadores franceses mais antigos<sup>16</sup> – o Estado, ao contratar com o particular, iguala-se a este, submetendo-se ao regime do Direito Civil<sup>17</sup>.

No Brasil, essa teoria repercutiu por longo tempo<sup>18</sup>, o que, inclusive, pode ajudar a explicar a ascensão da permissão como instrumento hábil a transferir a execução de serviços públicos a particulares, vez que, assumida a sua natureza de

<sup>13</sup> MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Tomo III. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1951. p. 245.

<sup>14</sup> MASAGÃO, Mário. *Op. Cit.*, p. 34.

<sup>15</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 24/25.

<sup>16</sup> DALLOZ, MOREAU, PAYEN, BONNIN, COTELLE etc. MAGASÃO, Mário. *Op. Cit.*, p. 43.

<sup>17</sup> MAGASÃO, Mário. *Op. Cit.*, p. 42.

<sup>18</sup> Confira-se, a respeito, decisão da Corte de Apelação do Estado de Goiás *in* Revista Forense, v. LXIX, 1937, p. 350-354; o artigo de Antão de Souza Moraes *in* Revista dos Tribunais, v. XXIV, p. 240-245; e o parecer de Plínio Barreto *in* Revista de Jurisprudência Brasileira, v. I, 1928, p. 42-50.

ato administrativo unilateral, não impunha à Administração Pública os mesmos limites e restrições que a concessão tida como contrato de direito privado.

Em oposição à idéia de concessão de serviço público como contrato de direito privado, os teóricos da concessão como contrato de direito público (dentre os quais se aponta como precursor o francês Gaston Jèze<sup>19</sup>) partiram da premissa de que o contrato não é instituto próprio de direito privado, mas pertencente à teoria geral do direito e, por isso, passível de assumir roupagens distintas no direito privado e no direito público. Para a existência de um contrato, bastaria simples acordo de vontades que se integrem num negócio jurídico para produzir efeitos<sup>20</sup>, conceito ao qual se subsumiria a concessão de serviço público.

Para os partidários das teorias complexas ou mistas, a concessão enfeixa dois atos jurídicos com vida própria: “o ato do Poder Público, unilateral, que estabelece a organização e funcionamento do serviço, a sua situação legal; e o contrato oriundo do acordo de vontades, que rege o aspecto patrimonial do negócio”<sup>21</sup>.

A diferenciação entre as teorias contratuais e complexas, para os fins do presente trabalho, não precisa ir mais longe, visto que as duas admitem o elemento contratual na concessão de serviço público. Ademais, segundo explica Gilles J. Guglielmi, a teoria mista, ao separar a concessão em dois atos, um unilateral e outro contratual, nada mais faz que por em relevo as cláusulas de natureza regulamentar, que, para os contratualistas, encontram-se no interior do próprio ato contratual<sup>22</sup>.

A natureza contratual da concessão de serviço público é atualmente incontestada no direito brasileiro – não se podendo dizer o mesmo a respeito da permissão de serviço público. Além das referências da Constituição da República de 1988, da Lei nº 8.987/95 e das diversas leis setoriais de serviço público ao “contrato de concessão”, a doutrina é unânime ao revesti-la de caráter contratual<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> MAGASÃO, Mário. *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>20</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 33.

<sup>22</sup> GUGLIELMI, Gilles J. **Introduction au Droit des Services Publics**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994. p. 121.

<sup>23</sup> Ainda que com algumas variações, como se verifica na doutrina de Celso Antônio B. de Mello, que define a concessão de serviço público como um instituto (Curso de Direito Administrativo, 27 ed., p. 701), e na de Egon Bockmann Moreira, que prefere defini-la como uma relação jurídica (Direito das Concessões de Serviço Público, p. 89). Verifica-se no bojo de todas essas teorias, porém, a existência do elemento contratual, pelo que, para os fins do presente trabalho, podem ser parificadas.

Os fundamentos da natureza contratual da concessão de serviço público foram analisados no começo do século passado por Mário Masagão, em estudo que viria a se tornar um marco na doutrina brasileira a respeito da matéria<sup>24</sup>.

Observou o autor que as teorias unilaterais da concessão de serviço público basearam-se na suposta impossibilidade de fusão das vontades do particular e da Administração Pública, no campo do direito público, em virtude da desigualdade existente entre elas. Há muito tempo, porém, essa concepção ficou superada, especialmente por causa dos estudos de Jellinek, para quem a possibilidade de dois sujeitos contratarem entre si não pressupõe necessariamente igualdade entre eles, mas tão somente capacidade e liberdade de assumir obrigações perante o outro<sup>25</sup>.

Além disso, Mário Masagão demonstrou que, contrariamente ao sustentado pelas teorias unilaterais, a manifestação de vontade do particular não é simples pressuposto ou mera condição de eficácia da concessão de serviço público. Se os efeitos mais importantes da concessão não se produzem sem a manifestação de vontade do particular, como não reconhecer que ela se funde à vontade da Administração Pública para formação do vínculo contratual? Rafael Bielsa, citado por Masagão, pondera que não se pode considerar meramente acessório elemento do qual dependa a eficácia jurídica da própria relação<sup>26</sup>.

Concordando, ainda, com a afirmação de que dois consentimentos não são suficientes para produzir um contrato, Masagão observa, porém, que, na concessão, as duas manifestações de vontade criam direitos e deveres para as partes, unindo-se para constituir uma mesma relação jurídica. Desse fato, não se há de negar que surge um contrato. Os dois consentimentos, ainda, não poderiam produzir um ato complexo, ao invés de um contrato, pois aquele pressupõe cooperação, duas vontades voltadas para o mesmo fim, quando, na concessão de serviço público, fundem-se duas vontades antitéticas, com objetivo de troca, e não de cooperação<sup>27</sup>.

Destas observações acerca da natureza contratual da concessão de serviço público já é possível indagar: em que difere a permissão de serviço público da concessão, a ponto de ser considerada ato unilateral e não contrato, como a outra?

---

<sup>24</sup> Dissertação apresentada para o concurso relativo à cadeira de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de São Paulo. MASAGÃO, Mário. *Op. Cit.*

<sup>25</sup> *Idem*, p. 72.

<sup>26</sup> MASAGÃO, Mário. *Op. Cit.*, p. 75/76.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 77/78.

A porção contratual da concessão de serviço público, quando menos, rege o seu componente financeiro. Deste acordo surge a equação econômico-financeira do contrato, que obriga a Administração Pública, escapando aos poderes de alteração unilateral desta. As tarifas que remuneram a concessão de serviço público podem ser alteradas unilateralmente pelo poder concedente, mas a relação entre os seus encargos e os assumidos pelo concessionário somente pode ser modificada por acordo bilateral. Se a permissão é ato unilateral, e não contrato, então seria possível dizer que o permissionário não gozaria do direito de imutabilidade unilateral da equação econômico-financeira do contrato, ou, dito de outra forma, que não seria ele titular do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato? A essa pergunta a doutrina atual parece uníssona ao responder negativamente.

Egon Bockmann Moreira afirma que, a despeito da precariedade que caracteriza a permissão de serviço público, o permissionário tem direito subjetivo ao reequilíbrio econômico-financeiro, vez que aplica recursos privados na execução do serviço público apenas porque tem expectativa de obter retorno pelo seu investimento<sup>28</sup>. Igual entendimento defende Marçal Justen Filho, para quem a garantia constitucional à intangibilidade da equação econômico-financeira abrange também a permissão de serviço público<sup>29</sup>.

Caio Tácito, ainda, sublinha que

É gratuita a afirmação de que os permissionários de serviço público não gozam de direito à justa percepção de tarifas adequadas ao custeio do serviço (...). Em nada o sistema legal admite que as tarifas de serviços públicos sob o regime de permissão não obedeçam ao mesmo regime de proporcionalidade e adequação aos custos dos serviços que regem as concessões<sup>30</sup>.

Efetivamente, é difícil conceber como aceitáveis eventuais argumentos que excluam permissão de serviço público da proteção da cláusula econômico-financeira do contrato.

<sup>28</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 166/167.

<sup>29</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 113.

<sup>30</sup> TÁCITO, Caio. **Concessão de serviço de transporte aéreo – Equilíbrio financeiro**. In: Revista Trimestral de Direito Público n. 16. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 68.

O art. 175 da Constituição Federal de 1988<sup>31</sup> sujeita a permissão à necessidade de realização prévia de licitação, o que, por si só, gera, para o particular, proteção à equação econômica que convencionou com a Administração Pública ao oferecer sua proposta, independentemente da qualificação que se der à avença que daí surgir. Nesse sentido, a lição de Celso Antônio B. de Mello sobre o momento da instituição da cláusula econômico-financeira:

Cumpra dizer e sublinhar que, rigorosamente falando, a equação econômico-financeira não se define no momento em que é travado o liame contratual, mas, normalmente, *antes dele*. Isto porque os contratos administrativos, salvo situações de exceção, são obrigatoriamente precedidos de um certame licitatório, e é nesta oportunidade que são feitas as propostas. Assim, o acolhimento da melhor delas, e a consequente proclamação de que foi aceita, configura, aí, sim, *o instante em que determinada contrapartida financeira é reputada idônea para remunerar os encargos estabelecidos na conformidade dos termos do edital* (ou convite)<sup>32</sup>.

O particular pretendente a permissionário de serviço público aceita participar do certame licitatório porque tem confiança de que a proposta que oferece, acaso julgada vencedora pela Administração Pública, será observada por esta no momento da execução da permissão. A inobservância da proposta, em momento posterior à formalização da avença, implica violação à boa-fé do permissionário, que se propôs a executar o serviço público no lugar da Administração Pública porque daí esperava extrair determinado lucro. É de se frisar que a expectativa de lucro do particular é absolutamente legítima, mesmo quando esse provier da execução de um serviço público. Isso porque o agente privado não é o titular do serviço, pelo que não tem o dever de prestá-lo. Desse modo, irá dele se incumbir somente quando da execução do serviço puder extrair alguma vantagem, sendo que, no sistema capitalista de produção, o lucro é a vantagem que se garante ao agente que se presta a desenvolver alguma atividade econômica.

Além disso, é de se observar que não é só o interesse do particular que resta resguardado pela proteção da cláusula do equilíbrio econômico-financeiro, mas o próprio interesse público perseguido na prestação do serviço:

<sup>31</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, *sempre através de licitação*, a prestação de serviços públicos *[grifos nossos]*.

<sup>32</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O equilíbrio econômico nos contratos administrativos**. In: Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 211.

Com efeito, interessa ao contratante governamental resguardar seus contratados no caso de alterações econômicas que lhes descomponham a economia do contrato como meio para obstar a que tais efeitos danosos se reflitam no bom, fiel, e tempestivo cumprimento de uma tarefa que é necessária para atender a um interesse coletivo. É de sua conveniência, pois, assegurar a manutenção das condições que foram reputadas adequadas para a boa realização da obra ou serviço a cargo da contraparte<sup>33</sup>.

Admitida a proteção do direito do permissionário ao equilíbrio econômico-financeiro, poder-se-ia, ainda, sustentar sua natureza unilateral? Se é justamente esse o elemento que permite caracterizar como contratual a concessão de serviço público, por que a permissão também não deveria sê-lo?

Por ora, lançamos apenas o questionamento, ao qual se retornará nos próximos capítulos, ao tratar-se do regime jurídico atual da permissão de serviço público.

## 1.2. Permissão de serviço público no direito estrangeiro

A atenção que deu à natureza jurídica da concessão de serviço público não dispensou a doutrina no âmbito da permissão. A ausência de estudos aprofundados sobre a natureza jurídica da permissão de serviço público se explica pelo fato de que as teorias acerca da concessão foram elaboradas principalmente por doutrinadores alemães<sup>34</sup>, franceses<sup>35</sup> e italianos<sup>36</sup>, países nos quais o ordenamento jurídico não possui instituto paralelo à nossa permissão de serviço público. Segundo Miguel Reale, a posição do Brasil, no que tange à permissão, é singular, pois esta é apontada, no nosso país, como uma figura “intermédia entre a mera autorização e a concessão, enquanto que, na maioria dos Países, ela é, em geral, reduzida a um destes dois institutos”<sup>37</sup>.

Assim sendo, contrariamente ao que ocorreu com a concessão de serviço público, cujo conceito foi importado para o Brasil do direito alienígena (com as teorias que explicavam sua natureza jurídica), a permissão de serviço público

<sup>33</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 213.

<sup>34</sup> OTTO MAYER, HAENEL, LOENING, FLEINER, FRITZSH etc. MASAGÃO, Mário. *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>35</sup> GASTON JÈZE, FOIGNET, ROUVIÈRE, HAURIOU, BONNARD etc. MASAGÃO, Mário. *Op. Cit.*, p. 51-55.

<sup>36</sup> CAMMEO, SANTI ROMANO, RANELLETTI, PRESUTTI etc. MASAGÃO, Mário. *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>37</sup> REALE, Miguel. **Natureza jurídica da permissão e da autorização**. In: *Direito Administrativo (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 152/153.



brasileira, como um “*tertium genus* entre ‘autorização’ e ‘concessão’”<sup>38</sup>, não tem sua fonte no direito comparado.

O delineamento da concessão de serviço público brasileira foi fortemente influenciado pelo Direito francês. Curiosamente, porém, a permissão de serviço público não partilha da mesma origem, vez que não se encontra, naquele país, um paralelo à figura que aqui denominamos “permissão de serviço público”: diversamente da concessão de serviço público, que lá atende pelo nome de *concession de service public*, não há, na França, uma *permission de service public*.

O regime francês do uso privativo dos bens públicos, assim como o brasileiro, caracteriza-se por uma dualidade de instrumentos: a *permission de voirie*<sup>39</sup>, ato unilateral da Administração Pública que corresponde à nossa “permissão de uso de bem público”, e a *concession de voirie*<sup>40</sup>, contrato que equivale à “concessão de uso de bem público” brasileira.

A mesma dualidade, no entanto, não se verifica no regime de prestação de serviços públicos por particulares. Naquele país, encontram-se como instrumentos de delegação de serviços a autorização e a concessão, não havendo modalidade intermédia.

No começo do século XX, no entanto, algumas mudanças no regime das autorizações acabaram por criar, na França, figuras assemelhadas à que denominamos “permissão de serviço público”, que, inclusive, podem ser apontadas como fonte de inspiração do nosso direito para a sua criação, o que será explicado mais detalhadamente no próximo tópico.

A diferença entre as duas modalidades de delegação existentes no Direito francês reside no fato de que, enquanto a concessão cria, para o concessionário, um direito do qual antes não era titular, pois tem por objeto a transferência de prerrogativas exclusivas da Administração Pública, a autorização é “toda decisão administrativa executória conferindo ao indivíduo o exercício de um direito *de que já era titular, potencial, em germe [grifo nosso]*”<sup>41</sup>. O indivíduo é titular potencial de tal direito, porque são autorizados apenas serviços cuja prestação cabe à iniciativa

<sup>38</sup> REALE, Miguel. *Op. Cit.*, p. 154.

<sup>39</sup> DEBBASCH, Charles; BOURDON, Jacques; PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude. **Droit administratif des biens**. Paris: Presses universitaires de France, 1994. p. 158.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 164.

<sup>41</sup> GUILLOUARD, Jean. **Notion juridique des autorisations, des concessions et des actes d'exécutions**, p. 206. *apud* CAVALCANTI, Themístocles. **Curso de Direito Administrativo**, 7ª Ed. São Paulo: Livraria Freitas de Barros S.A., 1964. p. 325.

privada, daí a potencialidade no direito de exercê-lo. Já a concessão integra ao patrimônio do particular um direito do qual, a princípio, a Administração Pública é a única titular: a prestação de um serviço público só se torna um direito para o particular em virtude da concessão.

A autorização, portanto, não é propriamente uma modalidade de delegação de serviços, mas, sim, a materialização do exercício do poder de polícia da Administração Pública na regulamentação de atividades *privadas*<sup>42</sup>. Fica evidente, com isso, a diferença dos seus fins e objeto em relação à concessão de serviço público, que se destina à transferência da execução de uma atividade titularizada *pela Administração Pública* a um agente privado.

O Conselho de Estado Francês, porém, passou a admitir, numa série de decisões proferidas a partir da década de 1930, que algumas autorizações administrativas fossem condicionadas ao cumprimento de uma série de obrigações pelo particular, que, no dizer de André de Laubadère, não seriam meras obrigações de polícia, comuns a todas as autorizações, mas sim verdadeiras “obrigações de serviço público”<sup>43</sup>.

Esse entendimento do Conselho de Estado foi inaugurado, segundo André de Laubadère, pela decisão *Lefebvre*, que, tratando da regulamentação do serviço de táxi (*voitures de place*), admitiu o condicionamento da outorga de autorização para a prestação do serviço à obrigação de assegurar a execução do mesmo<sup>44</sup>.

Consoante ensina Jean-Louis Corail, em 1932, na decisão *Société des Autobus Antibois*, a mesma possibilidade foi reconhecida pelo Conselho de Estado Francês em relação às autorizações outorgadas às empresas prestadoras do serviço de transporte coletivo<sup>45</sup>, o que possibilitou uma mudança radical no regime jurídico desse ramo de atividades.

Os prestadores do serviço de transporte coletivo, desde 1790, exerciam sua atividade em regime de liberdade, sem a necessidade de autorização do Estado para a operação do serviço. Esse princípio foi confirmado, ainda que não explicitamente, pela Lei de 30 de maio de 1851. A exigência de regulamentação e de

<sup>42</sup> BUTTGENBACH, André. **Modes de gestion des services publics en Belgique**. Bruxelles: Maison Ferdinand Larcier S.A., 1952. p. 397.

<sup>43</sup> LAUBADÈRE, André de. **Traité de Droit Administratif**, Tome 2. 11<sup>a</sup> ed. Paris: L.G.D.F., 1998. p. 167.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 168.

<sup>45</sup> CORAIL, Jean-Louis de. **La crise de la notion juridique de service public en Droit Administratif Français**. Paris: L.G.D.J., 1954. p. 210.

submissão do direito de prestar o serviço à obtenção de autorização administrativa foi reconhecida somente na década de 1930, pela jurisprudência, em virtude do risco que a atividade potencialmente proporcionava aos passageiros, especialmente se utilizados veículos abaixo das exigências das normas de segurança<sup>46</sup>.

Assim, de um regime de liberdade total na execução do transporte coletivo, passou-se à possibilidade de a Administração condicionar sua prestação ao atendimento de requisitos por ela impostos. Na referida decisão *Société des Autobus Antibois*, foram reconhecidas diversas prerrogativas à autoridade administrativa na outorga de autorizações de transporte coletivo, dentre elas, nos dizeres da própria decisão, as de “prescrever itinerários especiais para a travessia da cidade, interditar a subida ou a descida dos passageiros fora dos pontos nos quais estimar que desse fato a circulação não sofra nenhum inconveniente apreciável [tradução livre]”<sup>47</sup>, além da faculdade geral de dispor sobre as condições de circulação dos veículos de transporte coletivo.

A imposição de tais obrigações – que foi estendida, posteriormente, às empresas que fazem reboques em portos e às autorizatárias de telecomunicações<sup>48</sup> – levou alguns autores a considerar a atividade exercida por estes agentes privados como *serviços públicos*<sup>49</sup>.

Tal conclusão parte de uma análise objetiva da atividade desenvolvida: o caráter de interesse geral do serviço, somado à sua regulamentação pela Administração Pública seriam suficientes para caracterizá-lo como público, independentemente de quem o titularize, o Estado ou a iniciativa privada<sup>50</sup>. Daí a teoria de “serviço público virtual”<sup>51</sup>.

Essa concepção de serviço público foi igualmente admitida na doutrina belga. André Buttgenbach, tendo como ponto de partida a jurisprudência do Conselho de Estado francês acima citada, afirmou que, ainda que a *autorización* geralmente se caracterize como simples instrumento de regulação da atividade privada, pode, a depender das obrigações que imponha ao particular, ser o

<sup>46</sup> CORAIL, Jean-Louis de. *Op. Cit.*, p. 209.

<sup>47</sup> Disponível em <<http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence/>>. Acesso em 20/11/2011. “prescrire des itinéraires spéciaux pour la traversée de la ville, interdire la montée ou la descente des voyageurs en dehors du ou des points où Il estimerait que la circulation ne subirait de ce fait aucun inconvénient appréciable”.

<sup>48</sup> LAUBADÈRE, André de. *Op. Cit.*, p. 168.

<sup>49</sup> CORAIL, Jean-Louis de. *Op. Cit.*, p. 211.

<sup>50</sup> *Idem*, p. 212.

<sup>51</sup> *Idem*, *ibidem*.

fundamento de um regime de serviço público<sup>52</sup>. É o caso, segundo o autor, do serviço de transporte rodoviário de pessoas e coisas, visto que:

as condições da autorização compreendem não apenas a observação de uma regulamentação objetivamente imposta, com o objetivo de assegurar a segurança do transporte, mas, além disso, certas prestações e obrigações, destinadas a assegurar uma harmoniosa coordenação dos transportes, segundo o interesse público do qual o Estado é o único juiz [tradução livre]<sup>53</sup>.

Seria o caso, igualmente, das autorizações em matéria de radiodifusão. A limitação no número de comprimento de ondas disponíveis levou o Estado, motivado por acordos internacionais e pelo dever de garantir a maior eficácia possível à rede de telecomunicações, a condicionar a instalação dos postos privados à obtenção de autorização administrativa, que imporia a observância de certas obrigações pelo particular<sup>54</sup>.

Observa Buttgenbach, por fim, que, se a imposição dessas “obrigações de serviço público” aos particulares parece aproximar a autorização da concessão de serviço público, tal aproximação não chega ao ponto de se poder confundir as duas figuras.

Isso porque o concessionário, ligado que está à Administração Pública por um *contrato*, encontra neste a base para o pleito uma eventual indenização em face de alterações unilateralmente provocadas pela Administração Pública que lhe causem prejuízo. Essa indenização, em regra, seria inexigível por parte do autorizatório, por ser a autorização ato unilateral do Poder Público, e não contrato<sup>55</sup>.

O autor admite, no entanto, que, em caso de dano excepcional, poder-se-ia reconhecer ao particular direito a indenização, mesmo que este prestasse o serviço por força de autorização administrativa. Essa situação seria possível, por exemplo, no caso de autorizatório de transporte coletivo que, tendo encomendado grande frota de veículos, tenha sua autorização logo depois retirada pelo Poder Público por

<sup>52</sup> BUTTGENBACH, André. *Op. Cit.*, p. 398

<sup>53</sup> *Idem*, p. 399. “les conditions de l’autorisation comprennent non seulement l’observation d’une réglementation objectivement imposée, dans le souci d’assurer la sécurité du transport, mas, de plus, certaines prestations et obligations, destinées à assurer une harmonieuse coordination des transports, dans l’intérêt public dont l’Etat est seul juge”.

<sup>54</sup> *Idem*, p. 399/400.

<sup>55</sup> *Idem*, p. 401.

motivo de interesse público, sem que este tenha previamente lhe advertido de sua intenção<sup>56</sup>.

Todo esse fenômeno do direito comparado influenciou o surgimento da permissão de serviço público no Brasil, conforme será analisado no próximo tópico. Essa influência, porém, não foi absorvida pelo ordenamento jurídico nacional sem alterações.

No contexto descrito, as autorizações na França e na Bélgica dependiam de solicitação do particular interessado. No Brasil, as mesmas (que aqui ganharam o nome de permissão de serviço público) foram, aos poucos, sendo submetidas à necessidade de licitação prévia. Assim, as atividades que antes eram de livre acesso aos particulares (ainda que se tratasse de um acesso regulado), passaram a ter sua execução pelos agentes privados condicionada à oferta pela Administração Pública. Apesar de nem um pouco irrelevante, essa mudança parece ter passado despercebida pela doutrina, que, à moda do que os doutrinadores franceses faziam em relação à autorização, continuaram a caracterizar a permissão de serviço público como um ato administrativo unilateral e precário.

### **1.3. O surgimento da permissão de serviço público na legislação nacional**

Um dos primeiros atos normativos federais que trataram da permissão de serviço público no Brasil<sup>57</sup> foi o Decreto do Executivo nº 21.111, de 1º de março de 1932, que aprovou o regulamento para a execução dos serviços de radiocomunicação no território nacional.

Três modalidades de prestação dos serviços foram previstos no Decreto: prestação direta pela Administração Pública, por concessão ou permissão.

A execução do *serviço público interior* (segundo o art. 2º, nº 2, *a*, do Decreto 21.111, aquele destinado ao uso do público em geral) constituiria monopólio da União e deveria ser prestado diretamente pelo Departamento de Correios e Telégrafos.

---

<sup>56</sup> BUTTGENBACH, André. *Op. Cit.*, p. 420.

<sup>57</sup> Segundo consulta à base de dados do *site* do Planalto, disponível em < <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>>. Acesso em: 02/08/2011.

O *serviço público internacional* também deveria ser prestado na modalidade direta, facultando-se ao Governo Federal, porém, concedê-lo a companhias nacionais idôneas e devidamente organizadas. Também poderia ser executada por essas duas modalidades de prestação (direta ou concessão) o *serviço público restrito*, que o art. 2º, nº 2, *b*, definiu como a comunicação feita com pessoas a bordo de navios ou aeronaves ou, ainda, com localidades ainda não servidas pelo Departamento de Correios e Telégrafos.

Às permissões restringiu-se a prestação (i) do *serviço limitado*, definido pelo art. 2º, nº 2, *c*, como o “relativo ao uso de determinadas pessoas, ou destinado a fins particulares” e, (ii) dos *serviços especiais*, definidos pela alínea *e* do mesmo artigo como os relativos “à emissão de sinais horários, boletins meteorológicos, avisos aos navegantes, radiofaróis e frequências-padrão; serviços de radiogoniometria, comunicações de amadores, experiências com fins científicos e outros análogos”.

A permissão para execução do serviço limitado poderia ser outorgada pelo Governo Federal (i) aos Governos dos Estados, para as comunicações radiotelegráficas oficiais, de interesse administrativo do Estado, ou (ii) a indivíduos, companhias, empresas, sociedades ou corporações nacionais idôneas, sempre que houvesse necessidade devidamente justificada desse meio de comunicação. Nesse último caso, a outorga das permissões, sempre a título precário, restou limitada às hipóteses do art. 9º do Decreto 21.111/32<sup>58</sup>:

**Art. 9º(...)**

Essas permissões só serão dadas:

1º, para prover, exclusivamente, à segurança, orientação e administração do tráfego terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo;

2º, para atender às comunicações de interesse privado, entre localidades ainda não servidas ou entre uma localidade já servida e outra não servida pelo Departamento dos Correios e Telégrafos, e até que o sejam;

3º, para a recepção, pelas empresas de publicidade, do serviço internacional de imprensa transmitido por estações do exterior, ou do serviço interior de imprensa transmitido pelas estações do Departamento dos Correios e Telégrafos, mediante autorização autêntica do expedidor, ratificada pela administração do país a que pertencer a estação, no primeiro caso, pelo citado Departamento, no segundo respeitadas as restrições e condições constantes da referida autorização.

---

<sup>58</sup> A citação do artigo no corpo do texto é feita apenas para facilitar a leitura.

O art. 8º, §1º, facultou, por fim, ao Governo Federal a possibilidade de autorizar os permissionários do serviço limitado referidos nos números 1 e 2 do artigo acima transcrito a executar, segundo juízo de conveniência, o serviço público restrito (destinado à comunicação com navios, aeronaves e localidades não servidas pelo Departamento de Correios e Telégrafos).

O art. 18, §1º, *p*, inseriu como estipulação obrigatória das permissões, veiculadas por portaria do Ministro da Viação e Obras Públicas, a “ressalva de, em caso de ser suspenso definitivamente o serviço, não assistir ao permissionário direito a indenização alguma”, em virtude do caráter precário da sua outorga, em oposição à concessão, que, segundo o art. 16, §1º, *c*, seria outorgada pelo prazo máximo de 10 anos, prorrogável a juízo do Governo.

A regulamentação do serviço de radiocomunicação levada a cabo pelo Decreto 21.111/32 deita raízes naquele movimento internacional que se descreveu no tópico anterior, de progressiva regulamentação das autorizações de polícia, que levou parte da doutrina estrangeira a afirmar que tais autorizações veiculavam verdadeiras obrigações de serviço público.

No plano específico das telecomunicações, durante a década de 1930, os Estados foram levados a intervir nesse novo ramo de atividades, em virtude da intensa exploração do domínio aéreo que o progresso tecnológico passou a proporcionar. Na França<sup>59</sup> e na Bélgica, por exemplo, a regulamentação do serviço se deu de forma muito semelhante à adotada pelo Decreto 21.111/32, podendo-se apontar aí duas fontes de inspiração para o diploma normativo nacional. Nos dois países, porém, a prestação dos serviços pelos particulares se daria por meio de *concessão* ou de *autorização*.

Marcel Vauthier, a respeito da regulamentação das telecomunicações na Bélgica, afirmou que esta se mostrou necessária em virtude da ocupação recente do domínio do ar, o que levou o Estado a sobre ele exercer prerrogativas análogas às exercidas sobre o domínio público:

Sem querer concluir por uma assimilação que naturalmente levantará objeções, é necessário falar aqui de uma extensão do poder do Estado sobre um “domínio” que entrou faz alguns anos no campo de uma exploração intensa: se trata do domínio do ar. A aviação e a radiodifusão empregam, com efeito, técnicas que não tem uma relação senão distante

---

<sup>59</sup> LAUBADÈRE, André de. *Op. Cit.*, p. 168.

com a utilização do domínio público, tal como a concebemos. Portanto, foi necessário, não somente no interesse da segurança geral, mas também em consideração a direitos que os particulares foram levados a fazer valer, que o Estado exercesse no domínio do ar prerrogativas que, em alguns aspectos, são comparáveis àquelas que lhe são reconhecidas sobre o domínio público [tradução livre]<sup>60</sup>.

Vauthier observou que o rápido desenvolvimento da radiodifusão e, especialmente, da radiotelefonia, levou à constituição de uma “polícia administrativa especial”, com o fim de harmonizar essas novas atividades com o interesse geral, bem como conciliar direitos dos particulares com a ordem e a segurança públicas<sup>61</sup>.

Essa afirmação foi feita no contexto da primeira regulamentação da atividade na Bélgica, muito semelhante à que se desenvolveu no Brasil, o que resta evidente na seguinte passagem da obra de Marcel Vauthier:

A lei de 14 de maio de 1930 e a decisão real de aplicação de 27 de junho de 1930 que instituíram o princípio: o Governo é autorizado a empreender e explorar a radiotelegrafia, a radiotelefonia e as outras radiocomunicações. Os particulares não têm esse direito, salvo autorização dada pelo Ministro que tem a telegrafia e a telefonia nas suas atribuições, e sob certas condições, que serão determinadas na autorização. A autorização é sempre revogável (...).

As restrições legais se impõem a todas as estações emissoras ou emissoras-receptoras quaisquer que elas sejam. Deve-se entender por estes termos: as estações destinadas à troca de comunicações privadas com um ou mais correspondentes determinados; as estações de radiodifusão que asseguram um serviço de regular de emissões de radiodifusão a todos; as estações destinadas ao estabelecimento de comunicações de serviços públicos ou serviços assimilados; as estações de experimentos e pesquisas científicas ou industriais; as estações de demonstração, de experimentos e pesquisas, ditas estações amadoras; as instalações radioelétricas nas quais as oscilações são guiadas pelos condutores ligando aos postos correspondentes. Ademais, quando um particular recebe uma autorização para instalar uma estação emissora, ele é obrigado a respeitar todas as regras gerais que concernem à segurança do Estado e à ordem pública. O Estado exerce, a esse respeito, um controle rigoroso [tradução livre]<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> VAUTHIER, Marcel. **Précis du Droit Administratif de la Belgique**. 3<sup>a</sup> ed. Bruxelles: Maison Ferdinand Larcier S.A., 1950. p. 399. “*Sans vouloir conclure à une assimilation qui serait de nature à soulever des objections, il est nécessaire de parler ici d'une extension du pouvoir de l'Etat sur un "domaine" qui est entré depuis quelques années dans le champ d'une exploitation intensive: il s'agit du domaine de l'air. L'aviation et la radiodiffusion emploient, en effet, des techniques n'ayant que des rapports lointains avec l'utilisation du domaine public, telle qu'on la concevait jadis. Pourtant il a bien fallu, non seulement dans l'intérêt de la sécurité générale, mais aussi en considération des droits que les particuliers auraient été amenés à faire valoir, que l'Etat exerce dans le domaine de l'air des prérogatives qui, à certains égards, sont comparables à celles qui lui sont reconnues sur le domaine public*”.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 413/414.

<sup>62</sup> *Idem*, p. 414/415. “*C'est la loi du 14 mai 1930 et l'arrêté royal d'application du 27 juin 1930, qui en instituent le principe: le Gouvernement est autorisé à entreprendre et à exploiter la radio-télégraphie, la radio-téléphonie et les autres radio-communications. Les particuliers n'ont pas ce droit, sauf*



O autor finaliza sua análise do serviço de radiocomunicação na Bélgica afirmando que: “a autoridade do Estado se exerce soberanamente nesse domínio, como sobre o domínio público, e os particulares não podem aí exercer direitos que não os que constituam objeto de concessões ou permissões, a título essencialmente precário e revogável [*tradução livre*]<sup>63</sup>”.

Depreende-se de todo o exposto que o regime jurídico da radiocomunicação da Bélgica do começo da década de 1930 – ao qual o brasileiro muito se assemelhou – teve como mote a regulamentação do uso de um domínio novo, o espaço aéreo.

O objetivo desse novo regramento não era propriamente a organização da prestação do *serviço* de radiocomunicação, mas sim a ordenação do *uso* de um espaço público, que, em virtude das limitações tecnológicas de até então, não era sede de desempenho de atividades econômicas.

Daí o motivo de Marcel Vauthier, no último trecho transcrito, ter se referido a *concessões* e *permissões*, instrumentos destinados a viabilizar o uso privativo do domínio público pelos agentes privados. A necessidade que se impunha era a regulamentação *do uso do espaço aéreo*, especialmente em virtude do possível comprometimento à segurança nacional que sua utilização desregrada poderia acarretar (a comunicação com navios e aeronaves, por exemplo, que é questão estratégica na defesa nacional).

Pode-se identificar aí, por conseguinte, uma possível origem da permissão de serviço público no Brasil. O vocábulo “permissão” foi importado da

---

*autorisation donnée par le ministre qui a les télégraphes et les téléphones dans ses attributions, et sous certaines conditions, qui seront déterminées dans l'autorisation. L'autorisation est toujours révocable (...).*

*Les restrictions légales frappent toutes les stations émettrices ou émettrices-réceptrices quelles qu'elles soient. Il faut entendre par ces termes: les stations destinées à l'échange des communications privées avec un ou plusieurs correspondants déterminés; les stations de radio-diffusion assurant un service régulier d'émissions radio-diffusées à tous; les stations destinées à l'établissement de communications de services publics ou services assimilés; les stations d'essais et de recherché scientifiques ou industrielles; les stations de démonstration, d'essais et de recherché, dites station d'amateurs; les installations radio-électriques dans lesquelles les oscillations sont guidés par des conducteurs reliant les postes correspondants. Au surplus, lorsqu'un particulier a reçu l'autorisation d'installer une station émettrice, il est encore tenu au respect de toutes les règles générales qui concernent notamment la sûreté de l'Etat et l'ordre public. L'Etat exerce, à cet égard, un contrôle rigoureux”.*

<sup>63</sup> VAUTHIER, Marcel. *Op. Cit.*, p. 416. “l'autorité de l'Etat s'exerce souverainement dans ce domaine, comme sur le domaine public, et les particuliers ne peuvent y jouir que de droits, faisant l'objet de concessions ou de permissions, à titre essentiellement précaire et révocable”.

regulamentação estrangeira, onde desempenhava apenas o papel de instrumento de utilização privativa de bens públicos pelos particulares, para, em nosso país, ser classificada como forma de delegação de serviços aos agentes privados.

Contribuiu também para a atribuição dessa nova função à permissão, o fato de que, na legislação regulamentadora da radiocomunicação, foi prevista como instrumento de delegação alternativo à concessão. Esta, por sua vez, não sendo qualificada pelo Decreto 21.111/32, mas denominada apenas “concessão”, era, em alguns dispositivos, usada no sentido de “concessão de serviço público” e, em outros, no sentido de “concessão de uso de bem público” – confusão, aliás, perfeitamente compreensível, vez que a concessão de serviço público quase sempre (se não sempre) pressupõe a concessão de uso de bem público, e esta, no mais das vezes, é outorgada justamente para viabilizar a prestação de um serviço público, o que faz com que ambos instrumentos frequentemente caminhem juntos.

O Decreto 21.111/32 reservou a maioria dos serviços públicos ali previstos aos concessionários, ficando os permissionários autorizados a desempenhar o serviço de radiocomunicação de interesse privado (denominado pelo Decreto de “serviço limitado).

Em outros momentos, porém, o mesmo Decreto previu a possibilidade de os permissionários do serviço limitado desempenharem o serviço público restrito, por imperativo de necessidade, especialmente na defesa da segurança nacional. O serviço público restrito, segundo o art. 8º do Decreto 21.111/32, ficaria a cargo do Governo Federal, mas, reconhecida a insuficiência deste para a prestação satisfatória da atividade (tanto que algumas permissões poderiam atender às comunicações das localidades *ainda* não servidas pelo Departamento de Correios e Telégrafos, “e até que o sejam”), abriu-se a possibilidade de concessionários do serviço público internacional e permissionários do serviço limitado o executarem.

Note-se que a permissão não seria delegada *com o fim* de viabilizar a exploração do serviço público restrito pelo particular. Apenas aquele que *já havia obtido* “permissão” para o desempenho de atividade de interesse privado poderia, em virtude da insuficiência de estrutura do poder central para executar o serviço público restrito, ser autorizado a prestá-lo.

Assim, o particular que obteve permissão para o desempenho de uma atividade privada – ainda que fortemente limitada pela Administração Pública – poderia, eventualmente, exercer atividades de caráter público.

Essa possibilidade se tornou ainda mais intensa com o Decreto do Executivo nº 24.655, de 11 de julho de 1934, que dispôs sobre a execução do serviço de radiodifusão.

O Decreto 21.111/32 qualificava, no *caput* do art. 11, o serviço de radiodifusão como de interesse nacional e de finalidade educacional, sendo o mesmo definido no art. 2º, nº 2, *d*, como o “relativo a radiocomunicações de sons ou imagens destinadas a serem livremente recebidas pelo público”. Segundo o comando do art. 11, §2º, seria delegável somente aos *concessionários* do Governo Federal.

O Decreto 24.655/1934 repetiu a previsão de exploração do serviço de radiodifusão por concessionários do Poder Público, mas, em diversos dispositivos, abriu margem a que o mesmo serviço fosse delegado por meio de *permissão*:

Art. 5º É obrigatória a retransmissão do programa nacional **pelas estações das concessionárias e permissionárias**. A sua transmissão será feita por uma dessas estações, e colhida por determinação do governo *[grifo nosso]*.

Art. 7º As **concessionárias e permissionárias dos serviços da radiodifusão** ficam sujeitas ao pagamento mensal de uma quota para despesas de fiscalização, na importância de 500\$, 400\$, 250\$, 150\$, 100\$, o 50\$000, respectivamente, para as estações instaladas no Distrito Federal e na capital do Estado de São Paulo; em Recife. Baía, Belo Horizonte e Pôrto Alegre; em Belém do Pará, Fortaleza, Curitiba e Florianópolis; nas capitais dos demais Estados; nas cidades de população superior a 100.000 habitantes, e nas cidades de população inferior a 100.000 habitantes *[grifo nosso]*.<sup>64</sup>

Nesse contexto, ainda, exerceu influência decisiva sobre o regime jurídico da permissão a Constituição de 1934, promulgada cinco dias após a edição do Decreto 24.655. No art. 5º, VIII, a Constituição, pioneiramente, atribuiu o serviço de radiocomunicação privativamente à União:

Art. 5º - Compete privativamente à União:

(...)

VIII - explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso,

<sup>64</sup> A citação do artigo no corpo do texto é feita apenas para facilitar a leitura.

bem como as vias-férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado;

Tal previsão, repetida na Constituição de 1937, prestou-se a consolidar a radiocomunicação como um serviço público. Assim sendo, os permissionários, que, originariamente, a esse título, desempenhavam uma atividade de natureza privada (ainda que intensamente regulada), passaram a exercer uma atividade pública e tornaram-se, portanto, delegatários de serviço público.

A figura que antes se prestava a instrumentalizar a autorização de desempenho de uma atividade privada passou a possibilitar a transferência, ao particular, da execução de um serviço público.

Aproximaram-se, com isso, as figuras da permissão e da concessão de serviço público, pois, se antes ambas pareciam ter campos de aplicação diversos e bem delimitados, agora se destinavam a um fim comum, pelo que se tornou difícil diferenciá-las.

Além da legislação referente à radiocomunicação, o Código de Águas (Decreto nº 24.643/34), ainda no começo da década de 1930, também fez menção à permissão. Neste diploma, a aproximação desta à figura da autorização foi ainda mais evidente do que no Decreto 21.111/32. Para que se comprove a afirmação, basta verificar que sete dos dez artigos do Decreto que aludem à figura do permissionário estão inseridos no Capítulo II do Título II, intitulado “Autorizações”:

Art. 170. A **autorização** não confere delegação do poder público ao **permissionário**.

Art. 172. A **autorização** será outorgada por um período máximo de trinta anos, podendo ser renovada por prazo igual ou inferior:

a) por ato expresso do ministro da Agricultura, dentro dos cinco anos que precedem à terminação da duração concedida e mediante petição do **permissionário**;

b) de pleno direito, se um ano, no mínimo, antes da expiração do prazo concedido, o poder público não notificar o **permissionário** de sua intenção de não a conceder.

Art. 173. Toda cessão total ou parcial da **autorização**, toda mudança de **permissionário**, não sendo o caso de vendas judiciais, deve ser comunicada ao Ministério da Agricultura, para que este dê ou recuse seu assentimento.

Art. 174. Não sendo renovada a **autorização**, o Governo poderá exigir o abandono, em seu proveito, mediante indenização, das obras de barragem

e complementares edificadas no leito do curso e sobre as margens, se isto for julgado conveniente pelo mesmo Governo.

§ 1º Não caberá ao **permissionário** a indenização de que trata esse artigo. Se as obras tiverem sido estabelecidas sobre terrenos do domínio público.

§ 2º Se o Governo não fizer uso dessa faculdade, o **permissionário** será obrigado a estabelecer o livre escoamento das águas.

Art. 176. Não poderá ser imposto ao **permissionário** outro encargo pecuniário ou *in natura*, que não seja quota correspondente a 50% (cinquenta por cento), da que caberia a uma concessão de potência equivalente. *[grifos nossos]*

Na mesma linha do Decreto 21.111/32, o Código de Águas reservou a concessão para os “serviços de utilidade pública” – além de ser necessária para o aproveitamento de fontes de energia hidráulica de potência superior a 150 kws –, enquanto da permissão (ou autorização, visto que o Decreto se utiliza de ambas expressões para caracterizar o mesmo fenômeno) dependeria o aproveitamento de fontes de energia hidráulica de potência inferior a 150 kws para destinação ao *uso exclusivo* do particular:

Art. 140. São considerados de utilidade pública e dependem de concessão.

a) os aproveitamentos de quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica de potência superior a 150 kws, seja qual for a sua aplicação.

b) os aproveitamentos que se destinam a serviços de utilidade pública federal, estadual ou municipal ou ao comércio de energia seja qual for a potência.

Art. 141. Dependem de simples autorização, salvo o caso do § 2º, do art. 139, os aproveitamentos de quedas de água e outras fontes de energia de potência até o máximo de 150kws, quando os permissionários forem titulares de direitos de ribeirinhidades com relação à totalidade ou ao menos à maior parte da seção do curso d'água a ser aproveitada e destinem a energia ao seu uso exclusivo.

Outra influência identificável na origem da permissão de serviço público no Brasil – que remontamos à década de 1930 – é o regime norte-americano das *public utilities*.

Nos Estados-Unidos, um dos instrumentos disponíveis para a “delegação”<sup>65</sup> de serviços públicos são as chamadas *indeterminate permits*, que, outorgadas sem

<sup>65</sup> Colocamos a expressão entre aspas, porque, conforme alertam Arnaldo Wald, Luiza Rangel e Alexandre de M. Wald, “no direito norte-americano a concessão é concebida menos como delegação do poder público, ideia que domina o sistema francês e brasileiro, do que constituindo uma autorização para ingressar em certo tipo de atividade de interesse público, que justifica a

prazo, permitem que a empresa execute o “serviço público” enquanto bem servir a esse propósito (*during good behavior*)<sup>66</sup>.

A influência do sistema norte-americano de prestação de serviços públicos no Brasil foi analisada pelo ex-ministro do STF, Olavo Bilac Pinto, em estudo no qual apontou justamente o Código de Águas de 1934 como o primeiro grande documento a evidenciar a absorção dessa nova ordem de ideias pela doutrina e pelo legislador nacionais.

O anteprojeto do Código de Águas foi elaborado pelo Ministro Alfredo Valadão, que, justificando o norte assumido para a elaboração do projeto, afirmou:

O controle do poder público sobre as empresas hidrelétricas, eu estabeleci nos termos os mais amplos, no projeto remodelado; isto é, nos termos da regulamentação dos serviços de utilidade pública pela Comissão Administrativa, como se pratica nos Estados Unidos. Assim o estabeleci, traduzindo esse direito de controle da própria organização e andamento da empresa – “*the right to control the very organisation and conduct of the enterprise*”, de que fala JOHN BAUER.<sup>67</sup>

Bilac Pinto aponta, ainda, como evidência da influência do sistema norte-americano no Brasil, o parecer elaborado por Francisco Campos, no ano de 1934 – época em que exercia o cargo de consultor-geral da República –, sobre um projeto de regulamentação de serviços públicos concedidos. No parecer, Francisco Campos opinou:

O exemplo americano nos aponta o caminho a seguir. A própria lei que venha a instituir o sistema de controle mediante comissões deve, ela mesma, fixar o critério a seguir, de maneira a evitar que a divergência nas teorias econômicas venha a influir na prática, determinando disparidade nos critérios ou incerteza e perplexidade quanto ao critério a ser observado.<sup>68</sup>

Além disso, segundo o Bilac Pinto, a influência norte-americana seria perceptível na doutrina administrativista, que passou a utilizar a locução “serviços de utilidade pública”, cuja origem remete às *public utilities*<sup>69</sup>.

---

regulamentação dos preços e a fiscalização do Poder Público”. **O direito de parceria e a nova lei de concessões.** *apud* BOTREL, Karla. **Breves considerações sobre os institutos da concessão e permissão de serviços públicos.** Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 2, n. 24, dez. 2003. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=8554>>.

<sup>66</sup> BILAC PINTO, Olavo. Parecer. *In* Revista Forense, v. 139. Rio de Janeiro, 1950. p. 50.

<sup>67</sup> *Idem*, p. 52.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 54.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 55.

De fato, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, sobre a permissão, afirmou que ela “diz respeito a obra ou serviço *de utilidade pública*, isto é, que a Administração Pública *ainda não considerou como serviço exclusivamente público* e, por isso, não o avocou e, outrossim, de utilidade transitória sem o caráter de permanência [*grifos nossos*]” em oposição à concessão, que teria como objeto serviço público de titularidade da Administração Pública<sup>70</sup>.

Essa assertiva, porém, não pode mais ser considerada válida, visto que o art. 175 da Constituição Federal de 1988 reserva a permissão à prestação de serviços públicos, equiparando-lhe, em relação ao objeto, à concessão.

No Direito norte-americano, as *indeterminate permits* tendem à permanência: enquanto o serviço for bem prestado, deverá sua execução continuar a cargo da empresa que detém o *permit*<sup>71</sup>. Esse fato levou Anhaia Melo, na obra “O problema econômico dos serviços de utilidade pública”, de 1940, a apontar a *indeterminate permit* como a forma mais eficiente de delegação de serviços públicos, pelo que advogou sua adoção no Brasil<sup>72</sup>.

A permissão de serviços públicos brasileira, por outro lado, é vista como pertinente a situações transitórias, o que evidencia a circunstância de que, em matéria de permissões, as influências estrangeiras não foram absorvidas na sua integralidade, sem adaptações, pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Essas as alterações, porém, nem sempre refletiram no delineamento do seu regime jurídico pela doutrina, que sempre buscou no direito comparado referências para definir a permissão de serviço público brasileira.

A permissão de serviço público surgiu, no Direito brasileiro, com configuração muito mais próxima à da autorização administrativa, pelo que se justificava seu caráter unilateral e precário.

Aos poucos, contudo, foi sendo empregada como meio de delegação de serviços públicos, afastando-se de sua destinação primeira, que era de a de autorizar a execução de atividades de interesse privado.

Essa modificação de finalidade trouxe consigo a necessidade de mudança no regime jurídico da permissão, visto que o fato de ter por objeto a prestação de um

---

<sup>70</sup> MELLO, Oswaldo Antônio Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 492.

<sup>71</sup> BILAC PINTO, Olavo. *Op. Cit.*, p. 50.

<sup>72</sup> *Idem, ibidem*.

serviço público sujeita a avença aos princípios do serviço público, como a continuidade, a mutabilidade e a igualdade entre os usuários<sup>73</sup>.

A observância dos deveres de mutabilidade e continuidade, especialmente, que implicam a obrigação de o particular realizar constantes investimentos na execução do serviço, deveria ser acompanhada da correspondente garantia de remuneração do capital investido, pelo que a Administração Pública sentiu a necessidade de outorgar permissões a prazo certo, a fim de que restasse assegurada a amortização dos investimentos do particular. A permissão de serviço público foi adquirindo, por consequência, feição contratual.

Apesar disso, parte da doutrina continuou a insistir na qualificação da permissão como ato administrativo unilateral, o que passamos a tratar na sequência.

---

<sup>73</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 76.



## CAPÍTULO II: EVOLUÇÃO DA DELIMITAÇÃO DA PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA DOUTRINA BRASILEIRA

A legislação brasileira, em matéria de delegação de serviço público, sempre dispensou tratamento mais detalhado à concessão do que à permissão. Exemplo do que se afirma é o fato de que, enquanto a concessão é prevista constitucionalmente como técnica de prestação de serviços públicos desde a Constituição de 1934, a permissão de serviço público teve na Carta de 1988 a sua primeira menção expressa.

Nota-se a mesma desproporcionalidade de tratamento na Lei nº 8.987/1995, que, dos seus 47 artigos, dedica apenas 02 especificamente à permissão. O próprio nome pelo qual ficou conhecida a referida lei, aliás, evidencia o que viemos expondo: apesar de o seu preâmbulo indicar como objeto de regulamentação da lei “o regime de concessão *e permissão*”, frequentemente a doutrina e a jurisprudência se referem à Lei nº 8987/95 como a “Lei Geral de Concessões”.

A falta de detalhamento de um regime jurídico próprio não impediu que a doutrina se esforçasse em fixar diferenças entre a permissão e a concessão, sendo esse o foco, inclusive, da grande maioria dos estudos dedicados à permissão. Esta sempre foi vista como algo “menor” que a concessão, pelo que Ivan Barbosa Rigolin chegou a afirmar que a permissão é considerada a sua “prima pobre”<sup>74</sup>.

Muitas das diferenças apontadas entre as figuras, porém, padecem de certa artificialidade e não tem respaldo no ordenamento jurídico. A doutrina brasileira recorreu muito mais à doutrina estrangeira da permissão de uso de bem público para enunciar a natureza unilateral e precária da permissão de serviço público do que às normas positivadas, o que acabou por criar um descompasso entre a teoria e a realidade da permissão de serviço público.

---

<sup>74</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. **A verdadeira “precariedade” das permissões.** In: Revista de Direito Público n. 86. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 229.

## 2. 1. Conceito tradicional de permissão de serviço público

Tradicionalmente, a permissão de serviço público é definida como ato administrativo *unilateral, discricionário e precário*, pelo qual a Administração Pública outorga, ao particular, a execução de determinado serviço público<sup>75</sup>, para que o preste em seu próprio nome, remunerando-se pelas tarifas pagas pelos usuários<sup>76</sup>.

Distinguir-se-ia da concessão de serviço público (i) pela natureza unilateral da sua constituição; (ii) pela discricionariedade da sua outorga e (iii) pela sua precariedade.

### 2.1.1. Unilateralidade da permissão de serviço público

Enquanto a concessão de serviço público constitui-se por meio de contrato – ato bilateral, portanto –, para cuja formação concorrem as vontades tanto da Administração Pública (concedente), quanto do particular a quem será cometido o desempenho do serviço público (cessionário), na permissão, a única vontade constitutiva do ato seria a da Administração Pública<sup>77</sup>, por isso dizer-se que é outorgada por ato administrativo unilateral.

Segundo Diógenes Gasparini, a formalização da permissão se daria por meio de decreto ou portaria, ao passo que a concessão seria instrumentalizada por contrato<sup>78</sup>. Daquela primeira modalidade de ato não participaria o beneficiado do trespasse, motivo pelo qual o autor afirma independência da existência da permissão da anuência do particular. O mesmo não ocorreria na concessão, posto que a participação do agente privado é essencial para a formação do contrato, pelo que sua existência só seria possível a partir do assentimento do concessionário<sup>79</sup>.

A natureza unilateral da permissão justificava-se no início da década de 1930, segundo o regime que lhe impunham o Decreto 21.111/1932, no âmbito da radiocomunicação, e o Decreto 24.643/1934, em relação ao uso das águas, quando

<sup>75</sup> MELLO, Oswaldo Antônio Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 492.

<sup>76</sup> CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo Brasileiro**, v. 1. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. p. 130.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 129.

<sup>78</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993. p. 252.

<sup>79</sup> *Idem*, *ibidem*.

era utilizada como meio para autorizar o desenvolvimento de atividades de interesse privado. Tinha, nessa época, regime jurídico semelhante ao da autorização de polícia, que é, por definição, ato administrativo unilateral.

Consoante referido no capítulo anterior, porém, já na metade da década de 1930, as permissões passaram a ser utilizadas como instrumento de delegação de serviços públicos, aproximando-se, com isso, das concessões.

Um mesmo serviço passou a ser delegável por concessão ou permissão, pelo que, ao menos nesses casos, extinguiram-se as diferenças entre ambas.

Nessa perspectiva, as palavras permissão e concessão passaram a ser utilizadas como sinônimos. Exemplo disso foi uma série de “permissões” outorgadas pelo Governo Federal, no ano de 1935, para a execução do serviço de radiodifusão, nas quais as palavras permissão e concessão foram utilizadas indistintamente no mesmo instrumento de delegação. Uma destas permissões foi a outorgada pelo Decreto nº 133, de 26 de abril de 1935, ao Baurú Radio Club, que possuía a seguinte redação:

**DECRETO Nº 133, DE 26 DE ABRIL DE 1935.**

**Concede permissão** ao Baurú Radio Club,  
para estabelecer uma estação radiodifusora

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil, attendendo ao que requereu o Baurú Radio Club, com séde na cidade da Baurú (Estado de São Paulo), e de accôrdo com o estabelecido no decreto n. 20.047, de 27 de maio de 1931, no regulamento approved pelo decreto n. 21.111, de 1 de março de 1932, e no decreto n. 24.635, de 11 de julho de 1934, decreta:

Artigo unico. Fica concedida ao Baurú Radio Club, com séde na cidade de Baurú (Estado de São Paulo), **permissão para estabelecer**, sem direito de exclusividade, uma estação destinada a executar o serviço de radiodiffusão, nos termos das clasulas que com este baixam, assignadas pelo ministro da Viação e Obras Publicas.

Paragrapho unico. **O contracto decorrente desta concessão** deverá ser assignado dentro do prazo de 30 dias, a contar da data da publicação deste decreto no Diario Official, sob pena de ser, desde logo, considerada nulla a concessão.

Rio de Janeiro, 26 de abril de 1935, 114º da Independencia e 47º da Republica.

GETULIOVARGAS  
*Marques dos Reis.*

Clausulas a que se refere o decreto n. 133, desta data

## I

Fica assegurado ao Baurú Radio Club, o direito de estabelecer, na cidade de Baurú (Estado de São Paulo), uma estação de ondas médias, destinada a executar o serviço de radio-difusão, com finalidade e orientação intelectual e instructiva, e **com subordinação a todas as obrigações e exigências instituídas neste acto de concessão.**

## II

**A presente concessão é outorgada pelo prazo de dez annos**, a contar da data do registro do respectivo contracto pelo Tribunal de Contas, e renovavel, por igual periodo, a juizo do Governo, sem prejuizo da faculdade que lhe assegura a legislação vigente de, em qualquer tempo, desapropriar, no interesse geral, o serviço outorgado.

Paragrapho unico. O Governo não se responsabiliza por indemnização alguma, se o Tribunal de Contas denegar o registro de contracto de que trata esta clausula.

## III

**A concessionaria é obrigada a:**

c) não transferir, directa ou indirectamente, **a concessão**, sem prévia audiencia do Governo; [...] *[grifos nossos]*<sup>80</sup>

Apesar da proximidade que o regime jurídico da concessão e da permissão passou a apresentar, a doutrina insistiu em caracterizar a última como ato unilateral, quando tal traço já não lhe era mais inerente.

### 2.1.2. Discrecionariade da permissão de serviço público

A discrecionariade tradicionalmente apontada como atributo da permissão de serviço público refere-se ao fato de que sua outorga não seria condicionada à necessidade de concorrência prévia<sup>81</sup>, pois feita *intuitu personae* e, em regra, a partir de solicitação do interessado<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D133.htm)>. Acesso em: 02/08/2011.

<sup>81</sup> GRAU, Eros Roberto. **Permissões de Transporte Coletivo Rodoviário**. In: Revista de Direito Público n. 77. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986. p. 105.

<sup>82</sup> CRETELLA JR., José. *Op. Cit.*, p. 129.

A concessão de serviço público, diferentemente, está submetida, pelo menos<sup>83</sup> desde a edição da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular) à exigência de prévia concorrência pública, uma vez que o art. 4º, III, a, do referido diploma dispôs serem nulas as concessões de serviços públicos outorgadas sem prévia licitação<sup>84</sup>.

Tal característica, no entanto, já é possível dizê-lo, não subsiste pelo menos desde a Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 175, *caput*<sup>85</sup>, condiciona a delegação de serviços públicos a terceiros à realização de prévia licitação, seja qual for o meio pelo qual será instrumentalizada – concessão ou permissão.

À discricionariedade, no entanto, pode-se atribuir outro sentido: ela não se manifestaria no momento da escolha do permissionário, mas na decisão sobre a oportunidade e a conveniência de realizar a própria delegação. Localizando-se a discricionariedade da permissão nesse momento, diferencia-se-a das licenças, cuja outorga submete-se tão somente ao preenchimento dos requisitos legais pelo particular, não cabendo qualquer juízo de oportunidade pela Administração Pública para decidir sobre a sua outorga. Essa discricionariedade, no entanto, caracteriza também a concessão de serviço público, pelo que não serve como instrumento de diferenciação das duas.

### 2.1.3. Precariedade da permissão de serviço público

O último elemento de diferenciação entre a permissão e a concessão de serviço público diz respeito à *precariedade* de que seria dotada a primeira. Enquanto o contrato de concessão de serviço público é celebrado com prazo final certo, tendo sua extinção, portanto, condicionada a tal termo, a permissão de serviço público

<sup>83</sup> Afirmamos que tal exigência existe “pelo menos” desde a Lei 4.717/65, porque leis específicas anteriores já dispunham sobre a necessidade de prévia licitação.

<sup>84</sup> Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

[...]

III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral;

<sup>85</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos. [*grifos nossos*]

poderia ser extinta a qualquer tempo, vez que o ato que a instrumentaliza não deveria lhe estipular prazo<sup>86</sup>.

Da ausência de estipulação de termo final adviria importante consequência: a extinção da permissão de serviço público pela Administração Pública não criaria para o particular qualquer direito indenizatório, contrariamente ao que ocorre na concessão de serviço público, na qual a extinção prematura do vínculo faria surgir, para o particular, pretensão indenizatória de danos emergentes e lucros cessantes em face do poder concedente<sup>87</sup>.

Nesse sentido é que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello afirmava que a permissão de serviço público não constitui direitos para o particular em face da Administração Pública, mas somente em face de terceiros<sup>88</sup>.

Em razão dessa ausência de direito indenizatório para o permissionário de serviço público por ocasião do rompimento do vínculo, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que as hipóteses de cabimento da permissão de serviço público são restritas àquelas que não exigem investimentos vultosos por parte do particular, de modo que sua extinção *ad nutum* não possa lhe acarretar prejuízos:

Pelo seu caráter precário, caberia utilizá-la normalmente, quando; a) o permissionário não necessitasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço; b) poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado ou, ainda, quando; c) o serviço não envolvesse implantação física de aparelho que adere ao solo, ou, finalmente, quando; d) os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela extrema rentabilidade do serviço, seja pelo curtíssimo prazo em que se realizaria a satisfação econômica almejada.

Em suma, e para melhor caracterizar os casos de seu cabimento, poder-se-ia dizer que seu préstimo ajustar-se-ia às hipóteses em que a possibilidade de revogação unilateral a qualquer tempo e sem qualquer indenização – traço que se lhe dava como característico – não acarretaria consequências econômicas perniciosas para o permissionário, sendo, pois, um instituto aplicável sobretudo em face de situações efêmeras, transitórias.<sup>89</sup>

Defensor de posicionamento semelhante, Marçal Justen Filho aduz que a permissão deve ser destinada à prestação de serviços públicos com prazo curto de vigência, uma vez que “a diferença entre permissão e concessão, no tópico

<sup>86</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 129/130.

<sup>87</sup> *Idem*, p. 130/131.

<sup>88</sup> MELLO, Oswaldo Antônio Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 492.

<sup>89</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 759.

indenização, decorre da amplitude e extensão do serviço delegado e dos encargos das partes<sup>90</sup>. Assim, a própria natureza do serviço público objeto da permissão, não exigente de grandes investimentos, explicaria a ausência de direito indenizatório do permissionário no momento da extinção da permissão.

A doutrina alerta que, por precariedade, não se deve entender simplesmente que a permissão de serviço público é passível de ser extinta a qualquer tempo pela Administração Pública, pois os contratos administrativos, inclusive as concessões de serviço público, também podem o ser<sup>91</sup>, desde que concorrente motivo de interesse público que o justifique. Esse traço, portanto, não permitiria distinguir a permissão da concessão.

Nos contratos administrativos, porém, a extinção prematura para a qual não tenha concorrido culposamente o particular gera, para este, o direito de ser indenizado pelos prejuízos decorrentes da terminação da avença antes do prazo estipulado; nas permissões, tal direito não socorreria ao permissionário, visto que o vínculo poderia ser extinto a qualquer tempo pela Administração Pública, sem correspondente indenização<sup>92</sup>.

Novamente, aqui, a precariedade das permissões se justificava em face do seu regime primitivo, inspirado nas autorizações de polícia. Estas são outorgadas a título precário porque não precisam, a princípio, ser limitadas por prazo, dado que só devem ser revogadas se ofensivas ao interesse público; enquanto com este forem compatíveis, podem subsistir. A delegação que tem por objeto um serviço público, contrariamente, deve ser de antemão limitada por prazo, porque a execução de um serviço cuja titularidade pertence à Administração Pública não pode ficar perpetuamente nas mãos de um só particular, por melhor que o preste.

Em decorrência do novo fim para o qual passaram a ser utilizadas as permissões – transferência da execução de um serviço público –, estas começaram a ser outorgadas com termo final definido.

O Decreto n. 133/1935, parcialmente transcrito no item anterior, demonstra: ainda que o Decreto n. 21.111/32 referisse, no art. 18, § 1º, a<sup>93</sup>, ao “caráter

---

<sup>90</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 113.

<sup>91</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. Cit.*, p. 130.

<sup>92</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 112.

<sup>93</sup> Art. 18. As permissões para a execução do serviço limitado, do serviço público restrito e dos serviços especiais, exceto o de amadores, serão dadas por portaria do ministro da Viação e Obras Públicas.

precário da permissão”, a possibilidade aberta pelo Decreto n. 24.655, de delegação do serviço público de radiodifusão por meio de permissão levou a Administração Pública a outorgá-la com prazo final certo. Por isso, a permissão veiculada pelo Decreto n. 133/1935 foi dada pelo prazo de 10 anos.

Esse fato demonstra que a precariedade, assim como a unilateralidade, não são características inerentes à permissão de serviço público. Mesmo o Código de Águas, que tratava a permissão como “autorização” dispunha que ela seria dada com prazo fixo, nunca excedente a 30 anos<sup>94</sup>.

O Decreto 41.019/1957, que regulamentou o serviço de energia elétrica, igualmente, estipulou o prazo máximo de 30 anos para a autorização/permissão<sup>95</sup>.

A referência da doutrina à precariedade da permissão de serviço público teve inspiração no regime da permissão de uso de bem público – que, segundo a quase unanimidade da doutrina estrangeira, é outorgada a título precário – e não no ordenamento positivo. A possibilidade dessa parificação dos regimes da permissão de uso e da permissão de serviço público é, contudo, questionável, e será apreciada mais adiante.

## 2. 2. Permissões de serviço público limitadas por prazo

O conceito de permissão de serviço público como ato administrativo unilateral, precário e discricionário gozou de aceitação razoavelmente pacífica na doutrina brasileira até meados da década de 1960. Nessa época, porém, os

---

§ 1º As permissões relativas ao serviço limitado, além de qualquer outra exigência conveniente aos interesses nacionais, deverão estipular:

a) nacionalidade do permissionário, natureza e fins do serviço e *carater precário da permissão* [grifos nossos];

<sup>94</sup> Art. 43. As águas públicas não podem ser derivadas para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes.

(...)

§ 2º **Toda concessão ou autorização se fará por tempo fixo**, e nunca excedente de trinta anos, determinando-se também um prazo razoável, não só para serem iniciadas, como para serem concluídas, sob pena de caducidade, as obras propostas pelo peticionário [*grifo nosso*].

<sup>95</sup> Art. 113. A **autorização será outorgada por um período máximo de trinta anos**, podendo ser renovada por prazo igual ou inferior:

(...)

b) de pleno direito, se até um ano antes de expiração do prazo da autorização, o Poder Público não notificar o concessionário da sua intenção de não conceder a prorrogação [*grifo nosso*].



doutrinadores começaram a ter notícia de permissões de serviço público outorgadas a prazo certo, especialmente no âmbito do transporte coletivo, o que abalou o consenso que se tinha a respeito do conceito de permissão.

Importantes juristas foram convocados por permissionários do transporte público para elaborar pareceres sobre a sua situação jurídica e vários desses estudos foram publicados, reacendendo o debate sobre a natureza jurídica da permissão de serviço público<sup>96</sup>.

Procurando conciliar essa “nova”<sup>97</sup> realidade com a noção de permissão de serviço público, a doutrina propôs diversas teorias para explicar o fenômeno, que serão objeto dos próximos tópicos.

### 2.2.1. Teoria das permissões de serviço público condicionadas

Hely Lopes Meirelles denomina as permissões de serviço público limitadas por prazo de *permissões condicionadas*, “caso em que as condições e prazos devem ser respeitados pela Administração que os instituiu”<sup>98</sup>.

Sem retirar-lhes a qualidade de permissão, o autor afirma diferirem as permissões condicionadas das precárias no fato de que as primeiras devem ter seu prazo respeitado pela Administração Pública, sob pena de restar configurado o dever de indenizar o permissionário se extinto prematuramente o ato.

Identifica-se a mesma linha de pensamento em Marçal Justen Filho, ao afirmar que “isso [*ausência de direito à indenização para o permissionário face à extinção da permissão*] não elimina a possibilidade de, eventualmente, o permissionário pretender indenização. Isso dependerá das condições efetivas da outorga, assim como da conduta adotada pela Administração”<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Um dos estudos mais importantes produzidos sobre o tema foi o parecer de J. H. Meirelles Teixeira, intitulado **Permissão e Concessão de Serviço Público**, publicado em 1969, na Revista de Direito Público n. 6. Confira-se, a respeito, também, o parecer de Eros Roberto Grau, publicado na Revista de Direito Público n. 77, em 1986 (**Permissões de transporte coletivo rodoviário**, p. 104 e ss), e o de Miguel Reale, publicado no v. 631 da Revista dos Tribunais, em 1988 (**Permissão de serviço municipal de transporte coletivo urbano**, p. 7-13), para mencionar alguns.

<sup>97</sup> Colocamos a expressão entre aspas, pois, conforme demonstrado no tópico anterior, as permissões vinham há muito sendo outorgadas com prazo certo.

<sup>98</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 356.

<sup>99</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 113.

A atenção às características concretas da delegação é o grande mérito da teoria das permissões de serviço público condicionadas. Se termo final foi estipulado, esse há de ser observado pela Administração Pública em respeito à boa-fé do permissionário. Extinta prematuramente a avença, socorre ao particular direito à indenização correspondente.

Ao mesmo tempo que se afasta do abstracionismo da teoria tradicional, porém, a teoria da permissão condicionada continua a admitir a possibilidade de outorga precária, o que é questionável em vista do fato de a permissão ter como objeto a delegação de um *serviço público*. A esse assunto retornaremos no momento oportuno.

### 2.2.2. Teoria das permissões de serviço público qualificadas

José Cretella Júnior desenvolveu teoria semelhante à de Hely Lopes Meirelles, chamando as permissões dotadas de termo final de permissões *qualificadas*. A estipulação de prazo certo nessa modalidade de permissões geraria, para o permissionário, direito a indenização pelos prejuízos advindos de eventual extinção prematura do vínculo.

Em seu “Direito Administrativo Brasileiro”, José Cretella Júnior explica que a permissão de serviço público, como a permissão de uso de bem público, “não se apresenta como um bloco infracionável”, mas é suscetível de gradação, de acordo com a intensidade da precariedade que a caracteriza<sup>100</sup>. Todas as permissões seriam precárias, algumas em maior, outras em menor grau; as de primeiro grau, para as quais o administrador não estipulou prazo, seriam muito precárias; já as de segundo grau, limitadas por prazo, seriam dotadas de uma precariedade menos intensa<sup>101</sup>.

Em estudo intitulado “Regime jurídico das permissões de uso no Brasil”<sup>102</sup>, Cretella Jr. desenvolveu mais detalhadamente a sua teoria das permissões qualificadas. Ainda que o título do artigo restrinja seu objeto às permissões de uso

<sup>100</sup> CRETELLA JR., José. *Op. Cit.*, p. 129.

<sup>101</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>102</sup> *Idem.* **Regime jurídico das permissões de uso no Brasil.** In: Revista de Direito Administrativo n. 101. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1970. p. 24-43.

de bem público, o próprio autor, no seu manual de Direito Administrativo, estendeu as ideias ali registradas às permissões de serviço público, vez que, no seu entendimento, “em ambos os casos, a figura jurídica é, formalmente, a mesma, não obstante o conteúdo seja diverso”<sup>103</sup>.

No referido artigo, José Cretella Jr. observa que, não obstante a permissão de uso de bem público ser especialmente qualificada como precária, todas as formas de outorga de uso de bem público a título singular (permissão, concessão, autorização etc.) caracterizam-se, em maior ou menor grau, pela precariedade, visto que a utilização privativa do patrimônio público não pode ser perpétua<sup>104</sup>.

A própria permissão comportaria gradações internas. As de primeiro grau seriam aquelas cujo exercício não acarretaria qualquer mudança física ao seu substrato material (o domínio público), caso das permissões outorgadas para a instalação de bancas de jornais e revistas nas calçadas ou para a colocação de mesas e cadeiras nos passeios por donos de bares e restaurantes<sup>105</sup>.

A permissão de segundo grau corresponderia à “utilização privativa do domínio público com empresa, ou seja, com instalações onerosas que se aprofundam no solo ou que aparelham a parte do domínio ocupado para o melhor aproveitamento do local”<sup>106</sup>. Exemplo dessa modalidade de permissão seria a outorgada para ocupação de lojas ou boxes em estabelecimentos como os mercados municipais.

As duas espécies de permissão, assim como as demais formas de outorga de uso de bem público, são, para o autor, precárias, embora a primeira em maior grau do que a segunda. A precariedade da permissão simples seria “quase absoluta”, pelo que sua extinção não implicaria o surgimento de direito subjetivo a indenização para o particular<sup>107</sup>. Já a permissão qualificada seria dotada de precariedade em grau muito menor, pois outorgada a prazo certo, motivo pelo qual ensejaria direito indenizatório ao permissionário se extinta antes do termo, visto que “a Administração fica vinculada a esse prazo, em virtude do princípio ‘suporta a lei que fizeste’”<sup>108</sup>.

---

<sup>103</sup> CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 129.

<sup>104</sup> CRETELLA JR., José. **Regime Jurídico das Permissões de Uso no Brasil**, p. 27.

<sup>105</sup> *Idem*, p. 30.

<sup>106</sup> *Idem, Ibidem*.

<sup>107</sup> *Idem*, p. 33.

<sup>108</sup> *Idem*, p. 34.

Ao questionamento sobre o motivo da diversidade do tratamento dispensado às duas modalidades de permissão responde o autor:

Por quê? Por motivos econômicos. Quem investe grandes capitais no sentido de aparelhar do melhor modo possível o bem público para melhor utilizá-lo, privativamente, mas trazendo reais benefícios à coletividade, está realizando serviço *de utilidade pública*, que merece a garantia da continuidade, no tempo.<sup>109</sup>

Entendemos, contudo, não ser procedente o argumento de que a maior utilidade pública produzida para a coletividade pela permissão de uso de segundo grau possa justificar a indenizabilidade da sua extinção prematura. Não vemos em que uma loja instalada num mercado municipal (permissão de segundo grau) seja mais “útil” à sociedade do que uma banca de jornais (permissão de primeiro grau), por exemplo.

O fundamento reside no fato de que o particular investiu seu capital na proporção do retorno que esperava obter em função do prazo que a Administração Pública determinou para a outorga. A indenização renderia homenagem, portanto, à boa-fé do permissionário, que projetou seus investimentos em função do próprio prazo estabelecido.

Quanto à teoria das permissões qualificadas, porém, questiona-se a possibilidade de se estender as conclusões referentes às permissões de uso de bem público às permissões de serviço público.

Ainda que se pudesse reconhecer importantes semelhanças – caso admitida a natureza unilateral da permissão de serviço público, por exemplo – que justificassem seu estudo conjunto, a permissão de serviço público e a permissão de uso de bem públicos não podem ser totalmente parificadas no que se refere às suas consequências jurídicas, visto que, além da diversidade de objetos, prestam-se a fins opostos.

Nesse sentido, mas referindo-se à relação entre a concessão de serviço público e a concessão de uso de bem público, afirmou Themístocles Cavalcanti:

Uma das objeções mais interessantes levantadas contra a teoria que pretende atribuir à concessão sempre o mesmo sentido é a de que nem sempre as relações jurídicas decorrentes do ato administrativo têm as

---

<sup>109</sup> CRETELLA JR., José. **Regime Jurídico das Permissões de Uso no Brasil**, p. 39.

mesmas consequências, variando a natureza jurídica do ato com o objeto, a finalidade peculiar de cada uma de suas manifestações<sup>110</sup>.

Dissemos que a permissão de serviço público e a de uso de bem público destinam-se a fins opostos, porque, enquanto a primeira tem por fim a transferência da execução de um serviço *público*, para que o particular o preste em nome próprio<sup>111</sup>, a permissão de uso, no dizer de Bielsa, “*se otorga, generalmente, en interés exclusivo del que lo obtiene, o por lo menos en él priva el interés individual sobre el general*”<sup>112</sup>. Esse é um dos traços, inclusive, que o autor argentino aponta como diferenciadores da permissão e da concessão de uso, posto que a última “*se acuerda en interés del que la pide, pero ante todo, en interés general, según se dijo al hablar de servicios públicos*”<sup>113</sup>.

A mesma oposição de fins não se verifica entre a permissão e a concessão de serviços públicos, vez que ambas se destinam a transferir ao particular a execução de atividades que visam à satisfação de um interesse *público*. Com isso, já é possível enumerar uma primeira conclusão: a diversidade de regimes entre a permissão e a concessão de uso não pode ser importada, sem uma devida adaptação, para o âmbito da delegação de serviços públicos.

A permissão de uso, segundo expressão cunhada por Berthelémy e amplamente repetida na doutrina, é, no fundo, uma “tolerância” que a Administração admite, no exercício do seu poder de polícia sobre a coisa pública<sup>114</sup>. Embora não seja unânime a delimitação das situações que se submetem à necessidade de sua outorga, algumas utilizações do domínio público são elencadas consensualmente pela doutrina como passíveis de serem autorizadas ao particular por essa via. Hipóteses desde há muito apontadas como típicas são a permissão outorgada aos donos de restaurantes, bares e cafés para colocação de cadeiras e mesas na calçada, a permissão para instalação de bancas de jornais ou quiosques de bebidas também nas calçadas e a permissão para estacionar, com ânimo definitivo, veículo em via pública ou em parques de estacionamento<sup>115</sup>.

<sup>110</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**, 7ª Ed. São Paulo: Livraria Freitas de Barros S.A., 1964. p. 321/322.

<sup>111</sup> CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 130.

<sup>112</sup> BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**. Tomo II, 4ª ed. Buenos Aires: Libreria y Editoria El Ateneo, 1947. p. 459.

<sup>113</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>114</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>115</sup> MAYER, Otto. *Op. Cit.*, p. 226/227.

A permissão de serviço público se constitui de modo muito distinto à permissão de uso de bem público. Longe de caracterizar mera tolerância da Administração Pública, viabiliza uma parceria entre o particular e o Estado para a persecução de um mesmo fim, sendo que ambas as partes constituem entre si obrigações orientadas precisamente para o atingimento da finalidade que motivou o vínculo.

Em geral, da permissão de uso de bem público a Administração – e, por consequência, a coletividade – não extrai qualquer benefício direto. Mesmo nos casos em que sua outorga possa gerar vantagem pecuniária para o Estado – permissões outorgadas a título oneroso, por exemplo – essa característica é apenas acessória ao vínculo, vez que a Administração não pode outorgar permissões de uso com o objetivo primário de captar receitas. O fim principal da permissão de uso não é o proveito econômico que a Administração dela extrairá, mas a tolerância ao uso privativo do domínio público pelo particular, que se justifica especialmente em razão da atual concepção do domínio público como uma “riqueza”, da qual o Poder Público deve assegurar a melhor exploração possível<sup>116</sup>.

A permissão de serviço público, diversamente, não se outorga no exclusivo interesse do permissionário, mas em função do interesse público que se busca satisfazer com o serviço cuja execução se transfere, sendo que o interesse próprio do particular no desempenho da atividade – a aferição do lucro – é funcionalizado por aquele interesse primeiro.

A permissão de serviço público, portanto, viabiliza a criação de uma utilidade para a coletividade. A Administração Pública também por ela é beneficiada, não só porque ocupa a posição de promotora dos interesses coletivos, mas também porque, por meio da permissão, se desincumbe de uma tarefa que era *sua* – a prestação de um serviço público –, para que um particular faça suas vezes, executando aquela tarefa por sua conta e risco.

A ausência de direito indenizatório para o permissionário de uso em decorrência da cassação do ato permissivo se justifica pela justa distribuição dos ônus e bônus entre os membros da coletividade: não seria justo que todos respondessem, na forma de uma indenização paga pela Administração Pública, pelo fim de um privilégio sobre a coisa pública que gerou proveito somente a um

---

<sup>116</sup> LAUBADÈRE, André de. *Op. Cit.*, p. 200.

particular determinado – salvo o caso, logicamente, da permissão de uso outorgada a prazo certo, na qual a boa-fé do permissionário é o fundamento da indenização pela extinção prematura.

Já os prejuízos sofridos pelo permissionário de serviço público em virtude da extinção do vínculo o foram em nome da coletividade: o particular aplicou seu capital na prestação de um serviço de interesse *público*, pelo que é razoável considerar que os ônus daí decorrentes devam ser repartidos. Os investimentos feitos pelo permissionário para possibilitar a execução de um serviço público substituem aqueles que a própria Administração Pública deveria fazer se escolhesse prestar o serviço diretamente.

### **2.2.3. Teoria da equiparação da permissão com prazo à concessão de serviço público**

Maria Sylvia Zanella Di Pietro refuta a existência de duas espécies distintas de permissão de serviço público, uma vez que, para ela, “a fixação de prazo aproxima de tal forma a permissão da concessão que quase desaparecem as diferenças entre os dois institutos”<sup>117</sup>.

Na mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a permissão de serviço público só pode ser precária. Para o autor, se, no caso concreto, verificar-se que a permissão foi outorgada com prazo final determinado, deve-se afastar a qualificação de “permissão” que a lei ou a autoridade administrativa tenham lhe atribuído, a fim de que os seus efeitos sejam equiparados aos de uma concessão de serviço público<sup>118</sup>. Essa extensão de efeitos da concessão também deveria ser feita quando, mesmo que outorgada a título precário, a permissão exija pesados investimentos para a execução do serviço ou no caso de o permissionário prestar o serviço há longo tempo<sup>119</sup>.

A linha seguida pelos respeitáveis autores é a que mais repercussão obteve na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o que será demonstrado mais adiante. É, porém, a que menos reflete o regime jurídico da permissão de serviço

---

<sup>117</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 302.

<sup>118</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 768.

<sup>119</sup> *Idem, ibidem*.

público, especialmente em face do seu regramento atual. A teoria da equiparação parte do pressuposto que a permissão só existe enquanto tal se outorgada por ato administrativo unilateral e precário. Já se viu, porém, que a unilateralidade e a precariedade não são características inerentes à permissão de serviço público, visto que de há muito o ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de outorga a prazo certo.

### **2.3. Alterações produzidas no regime jurídico das permissões de serviço público pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei 8.987/95**

Para além da discussão acerca da precariedade das permissões de serviço público, duas mudanças legislativas trouxeram ainda mais incertezas na definição de sua natureza jurídica.

A primeira foi a levada a cabo pelo art. 175<sup>120</sup> da Constituição da República de 1988, que, no *caput*, submeteu a permissão de serviço público à necessidade de licitação prévia, e, no inciso I, instituiu, para o Poder Legislativo, o dever de elaborar lei que dispusesse sobre o “caráter especial de seu contrato”.

A segunda alteração refere-se à definição que lhe deu a Lei nº 8.987/95 – Lei de Concessões, editada em cumprimento ao art. 175 da CF –, que, a despeito de qualificar a permissão de serviço público como precária em seu art. 2º, IV<sup>121</sup>, dispôs, no art. 40, que esta será formalizada por *contrato de adesão*<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

<sup>121</sup> Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

<sup>122</sup> Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.



### 2.3.1. O caráter contratual da permissão de serviço público na Constituição Federal de 1988

A doutrina divide-se, em relação ao dispositivo constitucional, entre aqueles que entendem que, em vista do inciso I do art. 175, a permissão de serviço público passou a ostentar caráter contratual, e aqueles que defendem ter o constituinte adotado técnica redacional equivocada, vez que o “caráter especial de seu contrato”, sobre o qual deveria dispor a lei, referir-se-ia somente às concessões de serviço público, conservando a permissão de serviço público sua origem unilateral.

Filia-se a esta última corrente Celso Antônio Bandeira de Mello:

Para complicar, ainda mais, um quadro jurídico já confuso, desde a Constituição de 1988, **intérpretes desavisados passaram a entender que a permissão de serviços públicos adquiriu natureza contratual, circunstância, esta, que, naturalmente, viria a engendrar uma identificação entre tal instituto e a concessão de serviços públicos no que cada qual tem de mais significativo.**

**Dita conclusão rebarbativa foi extraída da defeituosa redação do art. 175, I, no qual a palavra “contrato” é utilizada indistintamente, de modo a abranger ambos os institutos.** Esta linguagem infeliz não pode ter sido senão uma impropriedade redacional, pois, se o texto nominou dois institutos, é claro que os acolheu como entidades jurídicas distintas.

**Logo não se pode reputar embutido em tal texto o propósito de parificá-los naquilo que tem sido proposto como determinante de suas recíprocas contraposições e apresentado como da essência de cada qual: a unilateralidade e precariedade da permissão e, inversamente, na concessão, a contratualidade,** que traz consigo, *conaturalmente*, a oferta de segurança patrimonial ao concessionário no atinente aos investimentos, amortização deles e auferimento da remuneração do capital investido. Donde, afirmada a contratualidade de ambos, disto teria de advir, inevitavelmente, sua parificação no concernente ao teor da vinculação recíproca entre o Poder Público e sua contraparte, pena de a expressão “contrato” converter-se em uma *flatus vocis*. [grifos nossos]<sup>123</sup>

Posicionamento diverso é defendido por Egon Bockmann Moreira, que, mesmo fazendo reservas à técnica legislativa empregada na redação do dispositivo em análise, entende que “os textos constitucional e legal [*refere-se à Lei 8.987/95*] abarcam a contratualidade das permissões de serviço público, a emergir da combinação do processo licitatório que as antecede com a especialidade de seu regime contratual”<sup>124</sup>.

<sup>123</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 765.

<sup>124</sup> MOREIRA, Egon Bockmann, *Op. Cit.*, p. 164.

Marçal Justen Filho, por sua vez, apresenta posição intermediária às anteriormente citadas. Para o autor, a permissão de serviço público não há de ser, necessariamente, ato unilateral, vez que a própria exigência de submissão da outorga de permissão de serviço público a prévia licitação assemelha a referida outorga a uma situação contratual:

Essa disciplina causou surpresa a alguns, que reputaram ter ocorrido um equívoco do legislador, eis que a permissão seria ato essencialmente unilateral. **A crítica olvida os efeitos da submissão da outorga da permissão ao princípio da licitação.** Licitar significa convidar os interessados a formularem propostas, em regime isonômico, para selecionar a mais conveniente. **Quando a Administração promove licitação e escolhe uma proposta para outorgar a permissão, produz-se situação similar à de qualquer contratação administrativa.** É que a Administração estará vinculada aos termos do ato convocatório e às condições da proposta do particular. Outorgar permissão significa aceitar uma proposta – o que se assemelha a um acordo de vontades. **A permissão passa a ser relação jurídica sujeita a regime muito similar ao contratual.** Mas a existência de licitação prévia não é suficiente para acarretar a natureza contratual para a permissão. *[grifos nossos]*<sup>125</sup>

Por outro lado, a existência de licitação não seria elemento suficiente para se concluir pela contratualidade da permissão de serviço público. Isso em razão do fato de que outros atos administrativos também são precedidos de seleção prévia, mas nem por isso são considerados contratos. É o caso da seleção de servidores por meio de concurso público. Assim, o contrato não poderia ser confundido com “manifestações unilaterais de vontade sucessivas”, pois existe apenas quando houver real fusão de vontades na constituição do ato<sup>126</sup>.

Conclui o autor, com isso, que a permissão de serviço público pode ostentar tanto natureza unilateral, quanto bilateral, a depender das condições efetivas da licitação<sup>127</sup>.

Discordamos, nesse ponto, do entendimento de Marçal Justen Filho. Segundo o exposto no primeiro capítulo deste trabalho, a concessão de serviço público é tida como um contrato de direito público pelo reconhecimento do fato de que a vontade do particular se funde à da Administração Pública para constituir o componente financeiro do contrato, criando, com isso, a obrigação do poder concedente de respeitá-lo. O mesmo se passa com a permissão de serviço público.

<sup>125</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Op. Cit.*, p. 109.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>127</sup> *Idem, ibidem*.

A simples submissão da sua outorga à necessidade de prévia licitação confere ao instituto roupagem contratual, vez que o oferecimento da proposta pelo particular inegavelmente se integra à vontade da Administração Pública para a formação da vontade contratual.

O art. 9º da Lei 8.987/95, a respeito, dispõe que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação”, donde se denota a essencialidade da vontade do particular na formação do vínculo.

Consoante afirmava Hely Lopes Meirelles, “a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o consequente lógico da licitação”<sup>128</sup>. Nessa perspectiva, entendemos não proceder a ressalva de que atos como a investidura do servidor em cargo público requerem seleção prévia, mas nem por isso são considerados contratos.

A admissão de servidor público após aprovação em concurso público não se situa no mesmo plano que a outorga de permissão por meio de licitação. Apesar de o primeiro vínculo ter sua constituição condicionada à participação voluntária do particular no processo seletivo, e, posteriormente, na aceitação do cargo, constitui-se exclusivamente segundo a vontade da Administração Pública, que lhe define os deveres, direitos, remuneração etc. (por isso chamar-se o vínculo entre o servidor público e a Administração de *estatutário*). A outorga da permissão, contrariamente, vincula-se à proposta oferecida pelo licitante, cuja vontade é determinante, portanto, na definição do componente econômico do contrato.

### 2.3.2. Permissão de serviço público como contrato de adesão

Uma das maiores polêmicas sobre a temática da permissão de serviço público foi a inaugurada pelo art. 40 da Lei nº 8.987/95, cujo *caput* definiu a permissão de serviço público como um contrato de adesão<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**, p. 24. *apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Concessões, permissões e autorizações de serviço público**. In: Reflexões sobre Direito Administrativo. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009. p. 200.

<sup>129</sup> Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada **mediante contrato de adesão**, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente *[grifos nossos]*.

A locução “contrato de adesão” produziu manifestações dissonantes na doutrina.

Celso Antônio Bandeira de Mello conclui que ela não deve induzir qualquer interpretação acerca da natureza jurídica da permissão de serviço público que se afaste da sua conceituação tradicional, qual seja, a de ato administrativo unilateral e precário, que não enseja, portanto, direito a indenização para o permissionário no momento da sua extinção<sup>130</sup>.

O autor identifica contradição no dispositivo legal acima transcrito, pois a formalização da permissão de serviço público por meio de *contrato* deveria assegurar ao permissionário “quando menos, direito à indenização se for extinto prematuramente ou sem razão jurídica válida”<sup>131</sup>, vez que direito inerente a qualquer contrato. Por outro lado, a *precariedade* que o mesmo dispositivo impõe dever ser observada no contrato de adesão significaria exatamente o oposto: a extinção da permissão de serviço público, a partir de tal característica *não* deveria criar para o permissionário direito indenizatório fundamentado na extinção do vínculo.

Diante de tal contradição, sugere o autor que a interpretação do art. 40 da Lei de Concessões deve privilegiar a natureza unilateral da permissão de serviço público:

Assim, haver-se-á de entender que o que há de errado no art. 40 é a menção a contrato – sobretudo com este ridículo apêndice: “de adesão” –, e não a referência ao seu caráter precário. Segue-se que não pode haver espaço para permissões a prazo, pois, fixado este, nos casos de encerramento prematuro do vínculo sem que o permissionário haja dado causa ao ato extintivo, irromperá inevitavelmente o direito à indenização.<sup>132</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também perfilha o entendimento de que a expressão “contrato de adesão” não deve gerar qualquer efeito sobre a natureza jurídica da permissão de serviço público. Defende-o, contudo, por razão diversa, vez que entende que “todos os contratos administrativos são de adesão”<sup>133</sup>.

Muito antes da edição da Lei de 1995, José Horário Meirelles Teixeira, em parecer no qual se questionava a verdadeira natureza jurídica de certos vínculos estabelecidos entre o Município de São Paulo e empresas prestadoras de serviço de

<sup>130</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 767.

<sup>131</sup> *Idem*, p. 766.

<sup>132</sup> *Idem*, p. 767.

<sup>133</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 303.

transporte coletivo – denominados de “permissão de serviço público” pela autoridade administrativa, mas de feição contratual em seu conteúdo –, enunciava, no mesmo sentido que Maria Sylvia, a natureza de contrato de adesão dos contratos administrativos, uma vez que é peculiar a estes a característica essencial de “prévia fixação, pelo Poder Público, de todo ou parte do conteúdo contratual”<sup>134</sup>.

Dissertando sobre o assunto, mostra igualmente Abicholvis que a *inalterabilidade da oferta* é simplesmente uma expressão genérica da posição privilegiada da Administração Pública, que dela tem geralmente a iniciativa nos contratos administrativos, *donde não ser possível, ao particular, senão aceitar ou recusar, em bloco, não se permitindo discuti-la ou modificá-la*. Daí *haver-se mesmo, acrescenta, estendido o qualificativo “de adesão” a todos os contratos administrativos*, precisamente porque as partes, que com a Administração contratam, não podem mais do que aderir sem discuti-las, as propostas que a Administração formula.<sup>135</sup>

Egon Bockmann Moreira, contrariamente, confere significado específico ao contrato de adesão por meio do qual deverá ser instrumentalizada a permissão de serviços públicos.

O contrato de permissão diferenciar-se-ia do contrato de concessão de serviço público no fato de que o primeiro “é integralmente pré-constituído pela Administração Pública”<sup>136</sup>, competindo ao particular somente aderir ao regime de execução do serviço público definido exclusivamente pelo Poder Público. Já a formulação do contrato de concessão envolveria “forte interação dos interessados – que podem, inclusive, apresentar os elementos do projeto básico e incentivar a instalação do certame”<sup>137</sup>.

Por considerar que a adesão que qualifica o contrato de permissão no art. 40 da Lei 8987/95 consiste na simples aceitação integral do contrato constituído inteiramente pela Administração Pública por parte do particular, Egon Bockmann Moreira conclui que, na licitação para outorga de permissão de serviço público, os licitantes não formulam propriamente *propostas*, vez que simplesmente aderem ao contrato constituído pelo permitente, sem produzir qualquer inovação em seu conteúdo<sup>138</sup>.

<sup>134</sup> MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Op. Cit.*, p. 121.

<sup>135</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>136</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Op. Cit.*, p. 165.

<sup>137</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>138</sup> *Idem, ibidem.*

Marçal Justen Filho defende posicionamento semelhante, pois afirma que, com a expressão “contrato de adesão”, “objetivou-se reconhecer que a licitação da permissão conterá todas as condições necessárias à contratação, sem margem para maior escolha ou disposição pelos licitantes”<sup>139</sup>. Desse modo, enquanto na licitação que tem por objetivo a assinatura de contrato de concessão de serviço público, admite-se que o “ato convocatório preveja variações a serem definidas pelo conteúdo das propostas”<sup>140</sup>, o mesmo não seria possível no tocante às permissões.

Ainda que reconheça o autor que, na prática, quase sempre alguma margem de liberdade resta para a atuação da vontade privada na formulação das propostas em licitações de permissão de serviço público, ele afirma que não seria antijurídico que a Administração Pública fixasse, já no edital de licitação, seu regime jurídico integral, inclusive o preço:

O certame funcionaria, em tal hipótese, muito mais para atender ao princípio da isonomia do que para apurar vantagem. Nesse caso, os particulares não formulariam proposta no sentido usual da expressão. Apenas se candidatariam a obter a permissão, aceitando todas as condições fixadas no ato convocatório. A seleção far-se-ia por sorteio, tendo em vista a ausência de outro critério de escolha do particular a ser contratado<sup>141</sup>

Quanto à possibilidade aventada pelo ilustre autor, de a Administração Pública fixar o regime jurídico integral da permissão, inclusive o seu preço, selecionando, então, o licitante vencedor por sorteio, entendemos não ser ela desejável.

A uma porque a Constituição Federal de 1988 submeteu a outorga da permissão de serviço público à exigência de prévia licitação. Tal comando não há de ser considerado cumprido se observado apenas formalmente. A licitação tem como objetivo a seleção do contratante que ofereça as condições mais vantajosas de execução do objeto do contrato que se pretende firmar. Se a licitação não atende a tal desiderato, pois todos os candidatos apresentam as mesmas condições, por limitação da própria Administração Pública à possibilidade de variação destas, o princípio da licitação não restará materialmente cumprido. Assim, não se pode, pelo simples fato de a autoridade pública ter denominado “licitação” o aludido processo

---

<sup>139</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 112.

<sup>140</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>141</sup> *Idem, ibidem.*

de seleção por sorteio, considerar atendido o comando constitucional inserto no *caput* do art. 175.

Ademais, há de se questionar a utilidade de o edital de licitação definir, de plano, o preço que será pago ao futuro contratado. Não permitir que os particulares ofertem preços menores para a execução contrato nos parece prática que desatende ao princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, da CF/88<sup>142</sup>).

A segunda razão que impediria a adoção do procedimento referido por Marçal Justen Filho é o fato de que o sorteio não é previsto como parâmetro de julgamento das propostas pelas Leis 8.987/95<sup>143</sup> e 8.666/93<sup>144</sup>, a não ser como critério de desempate<sup>145</sup>, e, ainda assim, subsidiariamente em relação aos critérios do art. 3º, § 2º<sup>146</sup>, da Lei 8.666/93.

A Administração Pública, submetida que está ao princípio da legalidade, só pode agir segundo a lei, pelo que não está autorizada a adotar critério de seleção de

<sup>142</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

<sup>143</sup> Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;  
II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;  
III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;  
IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;  
V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;  
VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou  
VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

<sup>144</sup> Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;  
II - a de melhor técnica;  
III - a de técnica e preço.  
IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

<sup>145</sup> Art. 45 (...)

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

<sup>146</sup> Art. 3º (...)

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

II - produzidos no País;  
III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.  
IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

propostas diverso dos constantes da Lei Geral de Licitações e legislação esparsa. Não fosse tal motivo suficiente, o § 5º do art. 45 da Lei 8.666/93<sup>147</sup> dispõe expressamente ser vedada a utilização de outros tipos de licitação que não os previstos na lei.

Eduardo Garcia Enterría afirma, em relação ao princípio da legalidade, não ser válido qualquer comando legal, com qualquer conteúdo, mas somente aqueles “que se produzem ‘dentro da Constituição’ e especialmente de acordo com sua ‘ordem de valores’ que, com toda explicitude, expressem e, principalmente, que não atentem, mas que, pelo contrário, sirvam aos direitos fundamentais”<sup>148</sup>.

A taxatividade dos tipos de licitação nas Leis 8.666/93 e 8.987/95 visa justamente a atender o comando constitucional de submissão das contratações públicas em geral<sup>149</sup> e da delegação de serviços públicos<sup>150</sup> a prévia licitação, na medida em que os critérios ali fixados permitem a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, o que consiste no próprio objetivo da licitação.

A expressão “contrato de adesão”, por menor clareza que traga ao regime jurídico da permissão de serviço público, não pode ser interpretada como ato administrativo unilateral. A permissão de serviço público nunca teve como característica necessária a unilateralidade da outorga e tal atributo restou definitivamente afastado pelo art. 175 da Constituição da República de 1988.

Compreendê-la como necessidade de aceitação integral pelo particular das condições estabelecidas pela Administração Pública para a execução do contrato parece o mais adequado, desde que não se queira, com isso, reconhecer uma diferença entre a concessão e a permissão de serviço público. Conforme já atestava J. H. Meirelles, todos os contratos administrativos são, de certa forma, “contratos de

<sup>147</sup> § 5º É vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo.

<sup>148</sup> ENTERRÍA, Eduardo García. **O princípio da legalidade na Constituição espanhola**, p. 39-41. *apud* HAGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 95.

<sup>149</sup> Art. 37 (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

<sup>150</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.



adesão”. As Leis 8.666/93<sup>151</sup> e 8.987/95<sup>152</sup> estabelecem, a propósito, que deve constar do edital de licitação a minuta do contrato a ser firmado, exigência que salienta aquela característica dos contratos administrativos.

#### **2.4. Permissão de serviço público na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

O Superior Tribunal de Justiça, em virtude do julgamento de diversos Recursos Especiais interpostos por permissionárias do serviço de transporte coletivo de Minas Gerais, firmou entendimento, ainda que com algumas divergências conceituais entre os julgados, sobre dois pontos que dizem respeito ao objeto de estudo do presente trabalho.

O primeiro desses pontos é o reconhecimento, pelo egrégio Tribunal, de que o simples fato de o vínculo ter sido denominado “permissão de serviço público” pela Administração Pública não representa óbice suficiente ao julgamento pela procedência da pretensão de reajustamento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O segundo é o entendimento de que ainda que, em tese, o permissionário faça jus ao reequilíbrio econômico-financeiro da avença, em virtude do conteúdo do vínculo firmado com a Administração Pública, se este vínculo houver sido firmado sem realização prévia de licitação, impossível é reconhecer a pretensão da empresa permissionária, uma vez que ausente sua boa-fé.

O entendimento referente primeiro ponto – que depois seria reiterado pela jurisprudência do STJ até os dias atuais – pode ter sua origem remetida ao

---

<sup>151</sup> Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

(...)

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

<sup>152</sup> Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

(...)

XIV - nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis;

julgamento do Recurso Especial nº 120.113-MG, ocorrido em 13 de junho de 2000<sup>153</sup>.

Com o referido recurso, pretendia a Empresa São Jorge S.A., permissionária de serviço público de transporte coletivo da Região Metropolitana de Belo Horizonte, a reforma do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que havia julgado improcedente o pedido de indenização por prejuízos suportados pela recorrente no período de julho de 1988 a julho de 1990, em virtude da imposição de tarifas deficitárias pelo poder permitente.

O Relator da demanda, Ministro Demócrito Reinaldo, proferiu voto no sentido de não conhecer do Recurso Especial, no que restou vencido face ao voto-vista do Ministro Humberto Gomes de Barros.

Do voto do Relator, porém, interessa destacar alguns aspectos. Ainda que o fundamento do não conhecimento do recurso tenha sido a necessidade de interpretação das cláusulas do termo de permissão e comprovação de culpa dos réus nos prejuízos alegados pela empresa recorrente, o que seria defeso em sede de Recurso Especial, o ilustre Ministro, citando trechos do Acórdão do TJ/MG que deu causa ao manejo do especial, manifestou-se sobre a possibilidade teórica do reequilíbrio econômico-financeiro nas permissões de serviço público.

Constou daquele acórdão do TJ/MG, em trecho reproduzido no voto do Relator do Recurso Especial, que a submissão do particular ao termo de permissão o sujeita ao regime de Direito Público, pelo que não se deveria reconhecer a pretensão de caráter meramente privado da permissionária.

Ademais, a previsão de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, constante do art. 55, II, *d*, do, então em vigor, Decreto-Lei nº 2.300/86, não seria aplicável às permissões de serviço público, por não se tratarem de contrato, mas sim de mero ato unilateral e discricionário da Administração Pública:

Mas como a permissão não tem características de contrato bilateral, como a concessão, nela não se instala uma relação de equivalência patrimonial, que configura traço fundamental no bojo do vínculo que une as partes em um contrato. O serviço permitido é executado em nome do permissionário por sua conta e risco, mas sempre nas condições e com os requisitos preestabelecidos pela Administração permitente, que o controla e lhe fixa as tarifas.

---

<sup>153</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 120.113/MG. Primeira Turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 04 de maio de 1999.

A tese, porém, não prosperou no julgamento da causa, vez que o Ministro Humberto Gomes de Barros, após sair vencedor com voto-vista conhecendo do recurso, elaborou voto, agora como Relator, em vista da aposentadoria do Ministro Demócrito Reinaldo, no sentido de dar provimento ao recurso, reconhecendo, portanto, a pretensão indenizatória da permissionária de serviço público, fundada no princípio do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O provimento do recurso baseou-se no fato de que, apesar de o vínculo travado entre a recorrente e a Administração Pública ter sido denominado “Termo de Permissão”, a leitura de suas cláusulas permitia concluir que não se tratava de permissão, mas sim de uma *concessão de serviço público*<sup>154</sup>. Isso, principalmente, porque o referido termo definiu prazo para a execução do serviço. Como, segundo o ilustre Ministro, “a tênue diferença entre concessão e permissão de serviço público encontra-se em um atributo: a precariedade desta última”, tratava-se o vínculo objeto da demanda de verdadeira concessão de serviço público, pois estabelecido prazo, estaria afastada a precariedade inerente à permissão. Contribuiu, ainda, para a conclusão de tratar-se de concessão de serviço público, e não permissão, a circunstância de que o Termo de Permissão foi assinado tanto pela autarquia permitente, como pelo gerente da empresa permissionária.

Nesse ponto, o julgado reflete a posição de Celso Antônio B. de Mello e Maria Sylvia Z. Di Pietro, acima exposta, segundo a qual a permissão de serviço público outorgada a prazo deve ter seus efeitos equiparados aos da concessão de serviço público.

A diferença entre essa teoria e as demais expostas no tópico 1.2, a princípio, parece ter interesse apenas teórico. O segundo aspecto sobre o qual se consolidou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, prova o contrário: a nivelção dos efeitos da permissão aos da concessão cria, para o permissionário, não apenas direitos próprios dos concessionários, mas também induz sua submissão ao regime de nulidades dessa outra forma de delegação de serviços.

---

<sup>154</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 120.113/MG. Primeira Turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 13 de junho de 2000.

Assim, reconheceu-se, pela primeira vez no Recurso Especial nº 403.905/MG<sup>155</sup>, a exigência de licitação prévia para a outorga válida da permissão de serviço público.

O mencionado recurso foi interposto pela empresa TRANSROSA LTDA e outras, permissionárias do serviço público de transporte coletivo da Região Metropolitana de Belo Horizonte, com o objetivo de reformar o acórdão do TJ/MG que julgou improcedente a pretensão indenizatória deduzida pelas empresas em razão de prejuízos sofridos entre os anos 1990 e 1995, em virtude de tarifas supostamente deficitárias praticadas pela Administração Pública.

As permissões de serviço público discutidas no referido processo foram firmadas no ano de 1986, e, da leitura de suas cláusulas, concluiu o TJ/MG, no que foi acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça, que se tratavam, na verdade, de concessões de serviço público, a despeito do nome que lhes atribuiu o Poder Público<sup>156</sup>.

Na esteira do que foi decidido no Recurso Especial nº 120.113-MG, concluiu-se, pois, pela aplicabilidade teórica da cláusula do equilíbrio econômico-financeiro às permissões de serviço público com conteúdo de concessão

Para o caso concreto, no entanto, restou afastada a aplicação da citada cláusula em razão de outro fator: as permissões/concessões então em discussão haviam sido outorgadas sem a realização de prévia licitação.

Alegou a recorrente que as permissões de serviço público objeto da demanda foram firmadas em 1986, antes, portanto, da promulgação da Constituição Federal de 1988, quando só então passou a ser exigida a realização de procedimento licitatório para a escolha de permissionário de serviço público.

Diante dessa alegação, contudo, registrou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em trecho transcrito no Recurso Especial em análise:

Por isso, seguramente, é que incorre a Apelante em flagrante contradição: para sustentar o direito ao equilíbrio financeiro se diz concessionária; para sustentar, porém, a validade do ato, para a qual não se exigia, à época em que praticado procedimento licitatório, se diz permissionária.

---

<sup>155</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 403.905/MG. Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, DF, 26 de março de 2002.

<sup>156</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 403.905/MG. Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, DF, 26 de março de 2002.

Na época em que foi outorgada a permissão à empresa TRANSROSA LTDA., a exigência de licitação prévia para a concessão de serviço público tinha sede no art. 4º, II, a, da Lei nº 4.717/65:

Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

(...)

III - A empreitada, a tarefa e **a concessão do serviço público**, quando:

a) **o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa**, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral; *[grifos nossos]*

Entendendo, portanto, tratarem-se de concessões de serviço público aquelas avenças submetidas à apreciação do judiciário, o Ministro José Delgado estendeu a elas o comando do art. 4º, III, a, da Lei de Ação Popular, para concluir que, não tendo elas sido submetidas a prévia licitação, estariam eivadas de nulidade, não sendo aptas a produzir qualquer efeito, inclusive o da proteção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Afastando a alegação dos recorrentes, fundamentada no art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/93<sup>157</sup>, de que o contratante privado deve ser indenizado pela Administração Pública em razão da anulação do contrato administrativo para cuja nulidade não tenha concorrido, o STJ entendeu que, em tal situação, não se poderia deferir referida indenização, pois ausente a boa-fé do permissionário:

Aliás, a se aceitar a tese sustentada pela apelante, haveria primeiramente de se pressupor sua boa-fé quando da avença dos instrumentos que arrimam sua pretensão, mas, todavia, **não me parece crível que ela desconhecisse a ilicitude das permissões de serviço público que lhe foram deferidas. A uma, porque demonstrou que sabe procurar uma assistência jurídica de alto nível quando entende necessário**, e somente por um exercício de ingenuidade poder-se-ia pensar que não procedeu da mesma forma à época da contratação e posterior prorrogação de suas permissões de serviço público.

**A duas, porque não se me afigura razoável crer que empresários estabelecidos nesta espécie de empreendimento não disponham de informações como estas**, vitais para o desenvolvimento de suas atividades. **E a três, porque a alegação de desconhecimento da lei não**

<sup>157</sup> Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

**escusa ninguém de cumpri-la (art. 3º, LICC), razão pela qual eventual omissão da recorrente não a socorreria. [grifos nossos]**<sup>158</sup>

Percebe-se que a adoção, pelo Superior Tribunal de Justiça, da teoria da equiparação dos efeitos da permissão com prazo à concessão trouxe consequências diversas da que traria a adoção das teorias da permissão condicionada ou qualificada.

Se houvesse sido admitida, de plano, a possibilidade de a permissão de serviço público não ser outorgada a título precário, a regra do art. 4º, III, a, da Lei 4.717/65, que se limita à concessão, não teria sido estendida à permissão.

Além disso, a alegação do Egrégio Tribunal de que não se poderia, no caso, presumir a boa-fé do permissionário, parece um pouco extremada. A delimitação do regime jurídico da permissão de serviço público nunca encontrou consenso na legislação, doutrina ou jurisprudência, pelo que parece ser desarrazoado impor ao particular interessado o ônus de saber se a permissão deveria ser precedida ou não de licitação.

Ademais, a exigência de licitação para outorga de permissão de serviço público não é necessariamente natural ao instituto, vez que, no princípio, sua outorga dependia de provocação do interessado, e não de oferta do Poder Público por meio de concorrência pública.

Essa e outras mudanças que foram sendo produzidas no seu regime jurídico ao longo do tempo não foram sempre acompanhadas da devida atualização doutrinária, que se manteve, em grande parte, atrelada ao conceito tradicional.

---

<sup>158</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 403.905/MG. Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, DF, 26 de março de 2002. p. 11.

### **CAPÍTULO III: O REGIME JURÍDICO ATUAL DA PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO**

Com a análise até aqui empreendida, pretendemos ter oferecido as bases para que se possa fazer um delineamento da permissão de serviço público no seu regime contemporâneo. Em razão da já demonstrada resistência de parte da doutrina na assunção do caráter contratual da permissão de serviço público imposto pela sua mais recente regulamentação legislativa, foi necessário verificar o processo que levou à elaboração do conceito de permissão como ato administrativo unilateral, para que se possa, agora, verificar a possibilidade de esta prevalecer sobre a sua atual definição legal.

Tendo em vista que a natureza contratual atribuída pela Lei nº 8.987/95 à permissão de serviço público é frequentemente apontada como fruto da falta de domínio técnico da matéria por parte do legislador<sup>159</sup>, procuraremos, num primeiro momento, investigar se tal atribuição decorreu de um equívoco, de uma técnica redacional inapropriadamente aplicada, ou se resultou, de fato, de uma escolha propositada do legislador.

Num segundo momento, faremos breve análise da permissão na legislação setorial do serviço público, a fim de se ter uma visão mais global da matéria e, neste, o objeto de apreciação ficará restrito à legislação federal do serviço público.

Por fim, procuraremos traçar, em linhas gerais, as características da permissão de serviço público, segundo seu regime jurídico atual.

#### **3. 1. A permissão de serviço público na Lei nº 8.987/95: ato ou contrato?**

O processo de elaboração da Lei nº 8.987/95 teve como ponto de partida o Projeto de Lei nº 179/90, elaborado pelo então Senador Fernando Henrique Cardoso.

---

<sup>159</sup> “O art. 4º [da Lei 8.987/95] prevê que a concessão será precedida de contrato. Já o art. 40 estatui que a permissão será formalizada por meio de contrato de adesão. Essa disciplina causou surpresa a alguns, que reputaram ter ocorrido um equívoco dos legislador, eis que a permissão seria ato essencialmente unilateral.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 109.

A versão original do projeto não contemplava a permissão de serviço público, pois, a despeito de sua ementa indicar como objeto de regulação da lei “o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no artigo 175 da Constituição”, seus dispositivos dedicaram-se apenas à instituição do regime da prestação de serviços públicos mediante concessão, sem qualquer menção à permissão.

Na Câmara dos Deputados, o referido projeto ganhou o número 202/91<sup>160</sup>, e sua relatoria foi atribuída ao Deputado José Carlos Aleluia, que, na condição de relator da Comissão de Indústria, Economia e Comércio, ficou encarregado de elaborar projeto substitutivo ao enviado pelo Senado Federal.

Ao Projeto de Lei 202/91 foram apensados diversos projetos de lei de autoria de membros da Câmara dedicados à regulamentação do art. 175 da Constituição Federal de 1988, sendo que o substitutivo apresentado pelo relator foi fruto de uma condensação dessas várias propostas.

Três dos quinze projetos apensados ao Projeto de Lei 202/91 propuseram uma definição de permissão de serviço público, todos, no entanto, abstendo-se de pormenorizar seu regime jurídico – tendência, aliás, que restou confirmada na redação final da Lei.

O primeiro deles foi o Projeto de Lei nº 263/91<sup>161</sup>, de autoria do Deputado Nilson Gibson, cujo art. 3º dispunha que:

Permissão é a delegação, por **ato unilateral da Administração Pública**, da prestação de serviço público, nas condições e sob os requisitos preestabelecidos pelo Poder Público, a pessoa jurídica de direito privado que demonstrar capacidade para o seu desempenho *[grifos nossos]*.

Na justificação do referido projeto, anotou-se que a definição de concessão e de permissão de serviços públicos ali empreendida seguiu “a caracterização geral referida por administrativistas”.

---

<sup>160</sup> Diário do Congresso Nacional (Seção I) de 22 de março de 1991, p. 19-21, disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173076>>. Acesso em: 05/06/2011.

<sup>161</sup> Diário do Congresso Nacional (Seção I) de 05 de abril de 1991, p. 27-31, disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173076>>. Acesso em: 05/06/2011.



Os Projetos de Lei nº 1.173/91<sup>162</sup>, do Deputado Dércio Knop, e nº 1.055/91<sup>163</sup>, do Deputado Irani Barbosa, por sua vez, apresentaram as seguintes definições de permissão de serviço público, respectivamente:

Art. 3º - A permissão, para os efeitos desta lei, é **a delegação de serviço público, a título precário**, à pessoa jurídica, nas condições preestabelecidas no regulamento *[grifos nossos]*.

Art. 2º - Para fins desta lei, **considera-se concessão e permissão a outorga contratual ou legal da execução do serviço**, preferencialmente a pessoa jurídica de direito privado, nas condições estabelecidas, tendo em vista conjugadamente o interesse público e as necessidades do concessionário ou permissionário *[grifos nossos]*.

Embora ambas as definições padeçam de falta de clareza, pelo que não se poderia, de sua leitura isolada, aferir a opção pela natureza unilateral ou contratual da permissão, nos dois projetos, em outros artigos, revela-se a assunção da sua natureza unilateral – o Projeto de Lei 1.173, no art. 18, se refere a “ato administrativo de permissão de serviço público”, e, no art. 19, a formalização da permissão por “Termo de Permissão”, sendo esta última expressão também utilizada no Projeto de Lei 1.055, em oposição a “contrato de concessão”.

O termo “contrato de adesão”, qualificativo da permissão de serviço público, surgiu somente com o substitutivo do Dep. José Carlos Aleluia<sup>164</sup>, como inovação proposta por esse, e não foi alvo de nenhuma emenda posterior, nem na Câmara dos Deputados, nem no Senado Federal, onde poderia ter sido eliminada do texto por emenda supressiva.

O que se nota da análise aqui empreendida é que o Poder Legislativo, no processo de criação do regime jurídico da permissão de serviço público, levou em conta o posicionamento defensor de sua natureza unilateral, vez que 03 dos 16 Projetos de Lei analisados para a elaboração do substitutivo pelo Deputado Relator propuseram-na.

<sup>162</sup> Diário do Congresso Nacional (Seção I) de 25 de junho de 1991, p. 145-148, disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173076>>. Acesso em: 05/06/2011.

<sup>163</sup> Diário do Congresso Nacional (Seção I) de 19 de junho de 1991, p. 71-74, disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173076>>. Acesso em: 05/06/2011.

<sup>164</sup> Diário do Congresso Nacional (Seção I) de 23 de junho de 1992, p. 53-59, disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173076>>. Acesso em: 05/06/2011.

A despeito de tais proposições, no entanto, a Câmara dos Deputados, deliberadamente, *optou por firmar sua natureza contratual*, opção que foi ratificada posteriormente pelo Senado Federal. Assim, não se pode afirmar que a escolha pela definição contratual da permissão de serviço público decorreu da ignorância do legislador da possibilidade de defini-la como ato administrativo unilateral, visto que tal possibilidade foi aventada, mas, posteriormente, descartada.

Ainda que, infelizmente, não haja na justificação do substitutivo maiores esclarecimentos sobre o termo “contrato de adesão”, em comentários ao projeto, afirmou o Deputado Relator:

Procuramos **dar muita ênfase à figura dos contratos**, na medida em que a prática brasileira, neste particular, é não dar muito valor aos mesmos. Se formos verificar, veremos que, não só na esfera do Governo Federal, mas na dos Estados e, sobretudo, dos Municípios, é grande o número de concessões e permissões, todas sem lei, sem contrato, sem instrumento que estabeleça as obrigações e os direitos entre as partes. *[grifos nossos]*<sup>165</sup>

Por maior que seja a imprecisão do termo “contrato de adesão” para indicar o meio pelo qual será instrumentalizada a permissão de serviço público regida pela Lei 8.987/95, a expressão possui uma densidade normativa mínima, que reside justamente na palavra “contrato”. Ainda que seja difícil definir o que significaria o qualificativo “de adesão”, inegável é o fato de que se está diante de uma figura contratual, e não unilateral.

De se ressaltar, também, que a definição contratual da permissão de serviço público tem fundamento constitucional expresso no art. 175 da Carta Magna, pelo que não se pode fazer tabula rasa do termo, a ponto de se tomar “contrato de adesão” por ato unilateral. Se não se quiser reconhecer o significado evidentemente contratual que o próprio conteúdo semântico do termo *contrato de adesão* invoca, o mesmo não pode ser negado em vista do seu fundamento constitucional.

A escolha do legislador pela natureza contratual da permissão de serviço público, além de teoricamente mais adequada às funções a que se presta o instituto atualmente, goza de legitimidade democrática, pois feita pelos representantes do povo eleitos para tal fim, em processo legislativo regular que, nos seus mais de 05

<sup>165</sup> Diário do Congresso Nacional (Seção I) de 03 de junho de 1992, p. 219, disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173076>>. Acesso em: 05/06/2011.

anos de trâmite, suscitou ativa participação dos parlamentares. Não se pode opor a tal escolha uma conceituação doutrinária frontalmente colidente, especialmente por se ter em conta que a definição tradicional da permissão de serviço público raramente encontrou reflexo fiel na legislação e na prática administrativa (como evidenciam as já citadas permissões de radiocomunicação da década de 1930 e as permissões de serviço de transporte coletivo a partir da década de 1960 até os dias atuais).

Diógenes Gasparini, doutrinador que, pelo menos desde a década de 1970, defendia a natureza unilateral da permissão de serviço público<sup>166</sup>, em vista das inovações produzidas recentemente no seu regime, passou a reconhecer sua natureza de contrato:

O ato, seja de que espécie for, tem a configuração ou o regime legal que lhe é tracejado pelo ordenamento jurídico, independentemente de qualquer construção doutrinária ou orientação fundada em outros sistemas, ou, ainda, do nome que se lhe atribua. O nosso ordenamento sempre deu à permissão de serviço público outra dimensão, bem maior do que a indicada pela doutrina tradicional, e essa realidade está mais configurada hoje em face do mencionado dispositivo da Constituição Federal e ante os preceptivos da Lei Federal que dispõe sobre o regime de concessão e permissão para a prestação de serviços públicos.<sup>167</sup>

Ainda que o legislador tenha pecado por não especificar o regime jurídico da permissão de serviço público, dedicando apenas dois artigos da Lei 8.987/95 à sua disciplina específica, as parcas disposições sobre a matéria não podem ser ignoradas pelo intérprete, que, ao contrário, deve buscar a verticalização do seu conteúdo, tendo como norte o regime jurídico do serviço público.

---

<sup>166</sup> Inclusive em sua tese de doutoramento, intitulada “Revogação e Indenização na Permissão de Serviço Público” (São Paulo, PUCSP, 1979), em relação à qual tivemos acesso apenas à referência feita por Ivan Barbosa Rigolin, no artigo “A verdadeira ‘precariedade’ das permissões”, *in* Revista de Direito Público n. 86 (abril-junho de 1988), p. 229-233.

<sup>167</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ªed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003. p. 305/306.

## 3.2. A permissão de serviço público na legislação esparsa

### 3.2.1. Lei 9.074/1995

A Lei nº 9.074/95 foi editada poucos meses após a Lei Geral de Concessões, especialmente com o intuito de veicular disposições que haviam sido propostas durante o processo de feitura da Lei nº 8.987/95, mas que, pela velocidade que os relatores decidiram imprimir ao processo legislativo na sua fase final, aliado à polêmica envolvida nessas disposições, acabaram não integrando o corpo da Lei Geral de Concessões.

Assim, a Lei nº 9.074/95 contém disposições de cunho geral sobre o regime das concessões e permissões de serviço público, bem como regras específicas sobre determinados serviços, notadamente o de energia elétrica – que, aliás, propostas para a Lei nº 8.987/95, ficaram de fora desta em virtude da sua especificidade.

No campo das disposições gerais, a Lei nº 9.074/95 dispensou tratamento mais detalhado às permissões que a Lei Geral das Concessões – o que não quer dizer necessariamente que tornou mais claro o seu regime, vez que por vezes estendeu às permissões regras aplicáveis às concessões utilizando-se de cláusulas de reserva como “quando couber”, que exigem do intérprete uma atividade integrativa da norma. Esse foi o caso já do art. 1º da Lei, que sujeitou ao regime de concessão, e, “quando couber, de permissão” os serviços de:

- I – (VETADO)
- II – (VETADO)
- III – (VETADO)
- IV - vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública;
- V - exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações, precedidas ou não da execução de obras públicas;
- VI - estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, precedidos ou não de obras públicas.
- VII - os serviços postais.

No §2º do mesmo artigo ficou estabelecido o prazo de 25 anos, prorrogáveis por mais 10, tanto das concessões, *como das permissões* de que trata o inciso VI do art. 1º. Duas outras referências são feitas na lei ao prazo das permissões: o art. 4º,

§4º dispõe que as prorrogações das concessões ou permissões de energia elétrica “deverão ser requeridas pelo concessionário ou permissionário, *no prazo de até trinta e seis meses anteriores à data final do respectivo contrato*[grifo nosso]”, e o art. 23, §3º atribui o prazo de 30 anos, prorrogáveis por mais 30, para as permissões e autorizações outorgadas às Cooperativas de Eletrificação Rural.

O art. 25, §1º da Lei 9.074/95 reforça o caráter contratual da permissão de serviço público, ao exigir que “os contratos de concessão *e permissão* [grifo nosso]” contenham cláusulas que fixem requisitos mínimos de desempenho técnico dos delegatários, bem como “sua aferição pela fiscalização através de índices apropriados”.

Além disso, o §2º do mesmo dispositivo vincula as cláusulas de desempenho técnico dos concessionários e permissionários a penalidades progressivas, proporcionais ao prejuízo efetivo ou potencial causado ao mercado. Essa regra reforça o entendimento de que, no seu regime jurídico atual, a permissão de serviço público não tem na *precariedade* um elemento essencial. Além das diversas regras que atribuem prazos às permissões, a exigência de aplicação de penalidades progressivas ao permissionário confere muito maior estabilidade ao vínculo que tem com a Administração Pública, vez que esta, diante de uma falta técnica, a teor do art. 25, §2º, da Lei 9.074/95, não irá cassar de pronto a permissão, mas, antes, aplicar ao particular penalidades progressivas, proporcionais ao prejuízo causado.

Por fim, ainda quanto à Lei nº 9.074/95, releva destacar o *caput* do art. 35, que, veiculando norma geral para as permissões outorgadas pela União, condiciona a estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente à “simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário *ou permissionário*, de forma a *preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato*”. Evidencia-se aqui, mais uma vez, o caráter contratual da permissão de serviço público, não só pela sua referência expressa, mas pela extensão da garantia do equilíbrio econômico-financeiro ao permissionário, garantia que, conforme já visto, constitui o próprio elemento contratual do vínculo entre o particular prestador de serviços públicos e a Administração Pública.

### 3.2.2. Lei 9.472/1997

A Lei nº 9.472/97, que trata dos serviços de telecomunicações, prevê três meios de delegação dos respectivos serviços: concessão, permissão e autorização, sendo que, segundo o art. 63, parágrafo único, o serviço delegado por meio de concessão ou permissão será prestado em regime de direito público, observadas as obrigações de universalização e continuidade.

A Lei Geral de Telecomunicações dedica um capítulo próprio às permissões (arts. 118 a 125), prescrevendo um regime que se aproxima muito do conceito tradicional elaborado pela doutrina para a permissão de serviço público, na contramão da tendência legislativa que até o momento se expôs.

No art. 118 restringe as permissões às hipóteses em que se configure “situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão”. A permissão seria instrumento hábil para atender a situações emergenciais na sistemática da LGT, porque seu art. 119 determina que sua outorga será precedida de procedimento licitatório simplificado, criado pela própria Agência Nacional de Telecomunicações<sup>168</sup>.

O parágrafo único do já citado art. 118 qualifica a permissão de serviço de telecomunicações como “ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório”, contrariando, pois, a natureza contratual que lhe imprime a Constituição Federal de 1988, pelo que Maria Sylvia Z. Di Pietro entende carecer de validade<sup>169</sup>.

Almiro do Couto e Silva busca conciliar a referida regra com o art. 175 da Carta Magna com uma interpretação extensiva do termo “ato administrativo”

<sup>168</sup> A regra que atribui à Agência a competência para dispor sobre o regime licitatório simplificado é, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, inconstitucional, por violar o princípio da legalidade (arts. 5º, II e 37, *caput*, da CF/88) e o art. 22, XXVII (Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III). **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**, p. 132.

<sup>169</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**, p. 132.

empregado pelo art. 118 da Lei nº 9.472/97, de modo a abarcar a noção de contrato administrativo:

Conquanto no Direito Administrativo brasileiro inexistisse consenso, na doutrina e na jurisprudência, quanto à noção de ato administrativo - entendendo uns que esse conceito abrange os atos bilaterais, como os contratos, outros que compreende também os atos normativos, enquanto outros, ainda, sustentam, na linha do direito alemão, que os atos administrativos são apenas os atos unilaterais, especiais ou concretos - a inserção, no texto legal, da expressão ato administrativo autorizaria a que se pensasse na intenção do legislador de insinuar no corpo da lei a antiga e, pode-se até mesmo dizer, clássica concepção da permissão como ato jurídico unilateral. Tal interpretação teria, porém, contra si a regra do art. 175, parágrafo único, da Constituição que, como vimos, confere à permissão a natureza de contrato<sup>170</sup>.

As demais regras da lei pertinentes à permissão, segundo o autor, reforçariam a interpretação que lhe confere caráter contratual: o art. 119, ao exigir procedimento licitatório prévio à outorga, e o art. 120, ao “prescrever a assinatura pelas partes de termo cujo conteúdo deverá ser minuciosamente discriminado quanto aos diversos itens que estão indicados naquela mesma norma”<sup>171</sup>.

De fato, ainda que uma interpretação apressada da Lei nº 9.472/97 sugira tratem-se as permissões de serviço de telecomunicações de ato *administrativo unilateral*, o fato é que também essas revestem-se de caráter contratual, o que a própria prática da ANATEL confirma. Confira-se, a respeito, por exemplo, o *Contrato de Permissão nº 03/98*, assinado pela ANATEL e pelo Diretor-Presidente da IMPSAT COMUNICAÇÕES LTDA. (permissionária), na data de 20 de fevereiro de 1998<sup>172</sup>, por meio do qual se delegou à referida empresa a exploração do Serviço de Rede Especializado, Sub-modalidade de Serviço Limitado Especializado, pelo prazo de 10 anos, prorrogáveis por igual período.

A despeito do regime constituído pela Lei 9.472/97 para as permissões, limitado a situações de emergência, a ANATEL vem outorgando-as sob a forma contratual (identificando-as assim expressamente), mesmo que não caracterizada a

<sup>170</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. **Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”?**. In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 27. Porto Alegre: 2003. p. 225

<sup>171</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>172</sup> Disponível em:

<<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=577&assuntoPublicacao=Contrato%20de%20Permissao%20N%20B0%20003/98%20-%20Entre%20a%20ANATEL%20e%20a%20IMPSAT%20Comunica%20oes%20Ltda.&caminhoRel=nuul&filtro=1&documentoPath=biblioteca/contrato/permissoao/impsat.pdf>>. Acesso em: 07/11/2011.

situação excepcional a que alude o art. 118 da LGT. O contrato de permissão acima referido é apenas um dos vários exemplos da prática recente da Agência em relação às permissões.

Outras disposições da lei vêm igualmente sendo ignoradas nas recentes outorgas de permissão de serviço de telecomunicações pela ANATEL, como o inciso I do art. 120 da Lei 9.472/97, que determina a indicação, no termo de permissão, dos prazos mínimo e máximo de sua vigência (e não de prazo certo, como vem sendo feito), e o art. 123, §3º, que institui a possibilidade de revogação da permissão por motivo de conveniência e oportunidade sem a correspondente indenização ao particular (o que não é possível ser feito as permissões outorgadas a prazo certo).

### **3.2.3. Lei 10.233/2001**

A Lei nº 10.233/2001, que dispõe sobre o transporte terrestre e aquaviário no âmbito federal também regulamenta a hipótese de delegação de serviços públicos por meio de permissão. Dispõe no art. 13, IV, que a permissão será outorgada “quando se tratar de prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros desvinculados da exploração da infra-estrutura”, por meio de contrato precedido de licitação, a teor do que dispõe o art. 26, I.

O art. 38, §2º, II, da Lei 10.233/2001, elenca como cláusulas obrigatórias do edital de licitação da permissão “o prazo de vigência e as condições para prorrogação da permissão”, regra que é repetida no inciso II do art. 39, que estabelece as cláusulas obrigatórias do *contrato* de permissão. O *caput* desse último dispositivo, ainda, vincula o contrato à proposta vencedora (o que evidencia o caráter constitutivo da declaração do particular na formação do vínculo de permissão), e o seu inciso VI exige a previsão, no contrato, de critérios para reajuste e revisão de tarifas – pelo que se garante o equilíbrio econômico-financeiro da avença.



### 3.3. Características da permissão de serviço público no regime jurídico atual

O regime jurídico da permissão de serviços públicos instaurado pelas leis setoriais do serviço público, na contramão do que diz a doutrina tradicional, confere-lhe, além da roupagem contratual, estabilidade análoga à da concessão, o que se denota das várias disposições que estipulam prazos para as permissões e das que garantem a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A resistência da doutrina em admitir a contratualidade e a ausência de precariedade da permissão de serviço público referida pela Constituição Federal de 1988 se atribui principalmente à técnica interpretativa segundo a qual a lei não pode conter palavras inúteis<sup>173</sup>. O argumento é o seguinte: se a Constituição da República emprega duas palavras distintas (concessão e permissão) para indicar o modo de prestação de serviços públicos pelos particulares, deve-se precisar-lhes regimes jurídicos distintos, pois a lei não poderia ter utilizado duas palavras para designar um mesmo fenômeno.

A diferença que sempre se procurou estabelecer entre a permissão e a concessão, porém, levou à prática de arbitrariedades pela Administração Pública, que muitas vezes recorreu à permissão como forma de inserir o particular num *status* cercado de menos garantias que o do concessionário prestador do mesmo serviço<sup>174</sup>.

À inserção da permissão no texto constitucional de 1988 pode-se conferir sentido diametralmente oposto ao defendido pela doutrina.

A concessão de serviço público está presente nas redações das Constituições brasileiras desde 1934, enquanto a permissão de serviço público foi pela primeira vez disciplinada constitucionalmente na Carta de 1988. Se a intenção do constituinte fosse manter o regime jurídico da permissão segundo o enunciado tradicionalmente pela doutrina, não teria motivo para importá-la, pela primeira vez, para o texto da Constituição.

O legislador constituinte apropriou-se de uma determinada realidade – a permissão de serviço público vista como ato administrativo unilateral e precário –

---

<sup>173</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 765.; GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 3ª ed, p. 253.

<sup>174</sup> REALE, Miguel. **Permissão de serviço municipal de transporte coletivo urbano**. In: Revista dos Tribunais, vol. 631. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 7.

justamente para modificar seu regime jurídico, com o intuito de submetê-la às mesmas regras e princípios que a concessão. Foram empregadas duas palavras não para demarcar dois regimes jurídicos diferentes de delegação de serviços públicos, mas, contrariamente, para sujeitá-las às mesmas regras.

O que deve pautar a configuração do regime jurídico da permissão de serviço público não é o nome que se atribui ao instituto, mas o seu conteúdo, o complexo de direitos e obrigações efetivamente existente<sup>175</sup>, pois, consoante afirma Genaro Carrió, “os fenômenos – se crê – devem acomodar-se às classificações, e não o contrário”<sup>176</sup>.

Conforme se afirmou por diversas vezes no presente trabalho, a permissão de serviço público não pode mais ser caracterizada como um ato unilateral da Administração Pública, mas, sim, como um contrato.

A sujeição de sua outorga a prévia licitação e a necessidade de proteção do equilíbrio econômico-financeiro exigem que seja instrumentalizada por tal meio.

Ademais, já demonstrou-se, tanto a Lei 8.987/95, como as leis setoriais do serviço público federal assim a definiram expressamente.

A Lei Geral de Concessões, porém, ao mesmo tempo que definiu a permissão como contrato, dispôs que este deveria observar as normas pertinentes ao instituto, “inclusive quanto à *precariedade* e à *revogabilidade unilateral* do contrato pelo poder concedente [*grifos nossos*]”.

Segundo ensina Romeu Felipe Bacellar Filho, o contrato não admite precariedade, nem revogabilidade, “afinal, toda avença está sujeita a um prazo e é insubmissa à revogação”, visto que “contratos se rescindem, ao passo que a revogação é própria de atos unilaterais”<sup>177</sup>.

Para que o art. 40 da Lei 8.987/95 se compatibilize com o art. 175 da Constituição Federal de 1988, deve-se interpretar o termo *precariedade* não como outorga sem prazo, mas sim como simples possibilidade de extinção unilateral do vínculo pela Administração Pública.

<sup>175</sup> REALE, Miguel. **Permissão de serviço municipal de transporte coletivo urbano**, p. 7.

<sup>176</sup> CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**, p. 98/99. *apud*: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, fev./mar./abr. 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. p. 4.

<sup>177</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 186.

Esse é o sentido, aliás, que André de Laubadère, confere à expressão, ao analisar as permissões e concessões de uso, atribuindo a ambas a característica de precariedade: “a autorização de ocupação dominial, mesmo que outorgada por uma duração determinada e mesmo que convencional, é precária, revogável a todo momento, no interesse do domínio ocupado [*tradução livre*]”<sup>178</sup>.

A precariedade como outorga sem prazo é incompatível com o atual regime constitucional da permissão de serviço público, pelo que sua menção na Lei 8.987/95 não pode ser compreendida neste sentido.

Diz-se que as permissões de serviço público são outorgadas a título precário para atender a necessidades transitórias<sup>179</sup>, ou nos casos em que a amortização dos investimentos do permissionário não exige atuação de longo prazo<sup>180</sup>.

A prática, no entanto, demonstrou que a ausência de prazo nas permissões de serviço público não proporcionou relações jurídicas de curta duração, mas sim, relações longas, estáveis, como o comprovam as permissões de transporte coletivo da cidade de Curitiba, que, até a realização da licitação, no ano de 2010, para outorga de novas concessões, operaram o sistema de transporte público por mais de 50 anos<sup>181</sup>.

Em todo o ordenamento jurídico, aliás, os contratos sem prazo tendem, não à transitoriedade, mas à permanência (que não se confunde com perpetuidade, frise-se). É o caso dos contratos de trabalho<sup>182</sup> e dos contratos de fornecimento, por exemplo.

Seria razoável, pois, continuar a defender a outorga sem prazo das permissões de serviço público?

Para Lúcia Valle Figueiredo, a permissão e a concessão de serviço público foram aproximadas de tal forma na Constituição Federal de 1988, que a permissão

---

<sup>178</sup> LAUBADÈRE, André de. *Op. Cit.*, p. 199. “*l’autorisation d’occupation dominiale même délivrée pour une durée déterminée et même si elle est conventionnelle, est précaire, revocable à tout moment, là encore dans l’intérêt du domaine occupé.*”

<sup>179</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.*, p. 358.

<sup>180</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 113.

<sup>181</sup> Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/blog/blogvidaecidadania/?id=1163972&tit=o-transporte-coletivo-de-curitiba-mudou>>. Acesso em 17/11/2011.

<sup>182</sup> Tanto que, no Direito do Trabalho, os contratos ditos precários são os que possuem termo final pré-estabelecido.

se tornou instituto ineficaz, “pois, com as características de precariedade, temos a autorização de serviço público”<sup>183</sup>.

Afirma a autora que, apesar de o regime constitucional da permissão de serviço público ter contrariado toda a construção doutrinária até então feita, deve aquele prevalecer sobre esta<sup>184</sup>. No que tange ao prazo das permissões de serviço público, parece claro à autora que a Constituição da República de 1988 aboliu sua precariedade, especialmente em vista do que dispõe o art. 223, § 4º:

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

(...)

§ 4º - O cancelamento da concessão **ou permissão, antes de vencido o prazo**, depende de decisão judicial.

Outra razão milita em favor do entendimento da Professora Lúcia Valle Figueiredo pela impossibilidade de outorga de permissões sem prazo. Trata-se da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro, que, conforme já exposto, também contempla os permissionários.

Mesmo aqueles que não compartilham da tese de que a Constituição Federal implementou um regime contratual e estável para as permissões de serviço público<sup>185</sup> estendem a proteção da referida cláusula às permissões.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que o prazo é “elemento essencial à composição equilíbrio econômico-financeiro da concessão”<sup>186</sup>, pois a projeção de retorno dos investimentos realizados pelo particular, e, conseqüentemente, o valor da tarifa que este se disporá a receber, depende do período de tempo em que será realizada sua amortização.

Afirma a autora, referindo-se à concessão de serviço público, que “a fixação de prazo cria para o particular uma expectativa de estabilidade a justificar os

<sup>183</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 107.

<sup>184</sup> *Idem*, p. 108.

<sup>185</sup> Como Diógenes Gasparini, que afirmava, referindo-se ao art. 175 da CF/88, que “não se pode interpretar um dispositivo senão inteligentemente, ainda que sua péssima redação, como é o caso, nos levasse a outro entendimento”, visto que “não cabe extrair de dispositivos mal redigidos conclusões que afrontam a tradição de nosso Direito e que não se compatibilizam com uma interpretação sistemática”. **Direito Administrativo**, 3ª ed., p. 253.

<sup>186</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**, p. 113.

maiores encargos que assumirá em decorrência do contrato”<sup>187</sup>. A permissão, em sentido contrário, seria um “contrato por prazo indeterminado”, pelo que a sua extinção não investiria o permissionário no direito subjetivo a compensação pecuniária<sup>188</sup>.

É de se questionar, porém, a existência de motivo que justifique a dispensa de tratamento tão desigual entre concessionários e permissionários de serviço público. A esta pergunta a doutrina costuma responder que a ausência de estabilidade do vínculo que o permissionário tem com a Administração Pública se justifica pela natureza dos serviços delegados por meio de permissão, que não exigiriam investimentos de grande monta<sup>189</sup>.

O art. 21, XII, da Constituição Federal de 1988<sup>190</sup>, porém, faculta à União dar em permissão uma série de serviços públicos que não se encaixam nesse perfil.

Nesse sentido, parece mais correto o entendimento de Lúcia Valle Figueiredo, que afirma não conseguir ver como “para implementação de serviços públicos de natureza continuada, de serviços que postulem continuidade etc., seja possível a outorga de permissão, no conceito clássico de Direito Administrativo”<sup>191</sup>.

De fato, o art. 6º da Lei 8.987/95<sup>192</sup> submete a permissão ao dever de prestação do serviço adequado, que satisfaça, dentre outras, as condições de continuidade e atualidade do serviço.

<sup>187</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**, p. 130.

<sup>188</sup> *Idem*, p. 132.

<sup>189</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 759.

<sup>190</sup> Art. 21. Compete à União:

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

- a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

<sup>191</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. Cit.*, p. 108/109.

<sup>192</sup> Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

O dever de atualidade, segundo o dispositivo citado, compreende “a melhoria e expansão do serviço”, que não pode ser atendida senão com a realização constante de investimentos por parte do particular. O permissionário somente aplicará satisfatoriamente seu capital na execução do serviço público se tiver perspectiva de retorno financeiro, que só pode ser projetado se definido, de antemão, o prazo para a amortização de seus investimentos.

Não se trata, apenas, de proteger os interesses do agente privado prestador do serviço, mas de, através da proteção destes, assegurar a satisfação do interesse público que se busca concretizar com a prestação do serviço<sup>193</sup>. A garantia de percepção do lucro esperado pelo particular, por meio da imutabilidade da cláusula do equilíbrio econômico-financeiro, é forma de a Administração Pública garantir “o bom, fiel, e tempestivo cumprimento de uma tarefa que é necessária para atender a um interesse coletivo”<sup>194</sup>.

Não parece se justificar, assim, a menor estabilidade do vínculo entre o permissionário e a Administração Pública em relação ao que esta mantém com os concessionários do serviço público, pelo que se conclui não ser a permissão de serviço público, em face do regime jurídico construído pela Constituição Federal de 1988, nem ato administrativo unilateral, nem precária.

---

<sup>193</sup> BÉNOÎT, Francis-Paul. **Le Droit Administratif Français**. *apud*, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O equilíbrio econômico nos contratos administrativos**, p. 213.

<sup>194</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 213.

## CONCLUSÃO

A permissão de serviço público é tradicionalmente qualificada pela doutrina brasileira como ato administrativo unilateral, discricionário e precário, traços que a distinguiriam da concessão de serviço público, instrumento contratual constituído com termo final preestabelecido.

Motivada que estava pela tentativa de distinção das duas figuras, a doutrina nem sempre atentou à realidade concreta da permissão de serviço público, pelo que o conceito construído para explicá-la não refletia necessariamente o disposto na legislação e a prática da Administração Pública. O Poder Público, com respaldo nas normas jurídicas pertinentes, desde o início do século XX, outorgava permissões veiculadas por instrumento contratual com prazo certo. Essa prática, porém, parece ter passado despercebida pelos estudiosos da matéria, que, apegados ao conceito estrangeiro de permissão de uso de bem público – esta, sim, ato administrativo unilateral e precário –, estenderam suas características à permissão de serviço público.

A permissão de uso de bem público, contudo, não pode servir de parâmetro para a definição da permissão de serviço público, pois ambos os instrumentos prestam-se a fins diversos: o primeiro atende primordialmente ao interesse privado do permissionário, enquanto o segundo possibilita ao particular executar atividade voltada para a satisfação de um interesse público.

Contrariamente ao afirmado por alguns autores, a outorga de permissões contratuais limitadas por prazo não representou um equívoco da Administração Pública, que, com isso, teria deturpado o conceito de permissão de serviço público. A permissão, logo que surgiu no direito brasileiro, era tida como sinônimo de autorização de polícia, e sua obtenção possibilitava ao particular o exercício de uma atividade de interesse privado. Justificava-se, assim, sua natureza unilateral e precária. A partir do momento, porém, em que passou a ser empregada como meio de delegação de serviços públicos (justamente quando recebeu o título de permissão *de serviço público*, portanto), necessário foi adaptá-la ao regime da prestação de serviços públicos por particulares, que, dentre outros, impõe a observância dos deveres de atualidade e mutabilidade do serviço.

Jacintho Arruda Câmara, analisando o caso das autorizações de serviço público, faz uma constatação perfeitamente aplicável ao objeto de estudo do presente trabalho, “em vez de se interpretar o direito posto e, a partir dele, revelar-se o significado dos institutos, toma-se como fonte conceitual a própria doutrina, pondo-a como paradigma a ser observado pelo legislador (mesmo que seja o constituinte originário)”<sup>195</sup>.

De fato, se o próprio fim da permissão de serviço público já impunha que fosse outorgada por instrumento contratual não precário, com a Constituição Federal de 1988, essa nova roupagem conferida à permissão foi confirmada. O art. 175 da Constituição da República definiu a permissão de serviço público como contrato e a submeteu à exigência de licitação prévia. Essas disposições não podem ser ignoradas em prol da adoção de um conceito doutrinário, que, ademais, não se adequa aos fins atualmente impostos à permissão.

Se a concessão de serviço público é vista, pacificamente, no nosso país, como contrato de direito público, razão não há para entender que a permissão não o seja. A sujeição da outorga da permissão à licitação é motivo suficiente para atribuir-lhe natureza contratual, visto que sua participação na constituição do elemento financeiro do contrato representa a fusão da sua vontade à da Administração na formação do vínculo que com esta última mantém.

Essa participação é, aliás, o motivo que levou a doutrina estrangeira a considerar a concessão de serviço público um contrato administrativo, pelo que tal entendimento deve ser estendido à permissão.

A permissão, ainda, também é abarcada pela garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que dificulta a aceitação de permissões precárias, visto que o prazo é elemento essencial na composição da referida cláusula. Não fosse isso, tanto a Constituição Federal, como as leis setoriais do serviço público prevêm a definição de prazo para a permissão.

O regime jurídico atual da permissão não apresenta diferenças substanciais em relação ao da concessão de serviço público. Isso não significa, porém, conforme sustenta parte da doutrina, que o constituinte e o legislador ordinário tenham

---

<sup>195</sup> CÂMARA, Jacintho Arruda. **Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo [coordenadores]. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008. p. 622.



cometido uma impropriedade técnica ao aproximar os dois institutos. A maior estabilidade conferida à permissão pelo seu regime jurídico contemporâneo não só atende ao princípio do respeito à boa-fé do permissionário, como possibilita uma gestão mais eficiente do serviço público, na medida em que o particular tem confiança de que seus investimentos serão revertidos em seu proveito. O permissionário, assim, é estimulado a melhor investir na execução do serviço, pois pode projetar o retorno do capital aplicado em função de um prazo estabelecido de antemão, bem como é desencorajado a buscar a percepção de lucros por meios escusos, o que seria mais provável se estivesse sujeito à cassação a qualquer tempo do serviço, sem a indenização devida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, fev./mar./abr. 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Concessões, permissões e autorizações de serviço público**. In: Reflexões sobre Direito Administrativo. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**. Tomo II, 4ª ed. Buenos Aires: Libreria y Editoria El Ateneo, 1947.

BILAC PINTO, Olavo. Parecer In Revista Forense, v. 139. Rio de Janeiro, 1950.

BOTREL, Karla. **Breves considerações sobre os institutos da concessão e permissão de serviços públicos**. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 2, n. 24, dez. 2003. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=8554>>.

BUTTGENBACH, André. **Modes de gestion des services publics en Belgique**. Bruxelles: Maison Ferdinand Larcier S.A., 1952.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo [coordenadores]. Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**, 7ª Ed. São Paulo: Livraria Freitas de Barros S.A., 1964.

CORAIL, Jean-Louis de. **La crise de la notion juridique de service public en Droit Administratif Français**. Paris: L.G.D.J, 1954.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”?**. In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 27. Porto Alegre: 2003.

CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo Brasileiro**, v. 1. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

CRETELLA JR., José. **Regime jurídico das permissões de uso no Brasil**. In: Revista de Direito Administrativo n. 101. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1970.

DEBBASCH, Charles; BOURDON, Jacques; PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude. **Droit administratif des biens**. Paris: Presses universitaires de France, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ªed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Permissões de Transporte Coletivo Rodoviário**. *In*: Revista de Direito Público n. 77. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

GUGLIELMI, Gilles J. **Introduction au Droit des Services Publics**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994.

HAGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LAUBADÈRE, André de. **Traité de Droit Administratif**, Tome 2. 11ª ed. Paris: L.G.D.F, 1998.

MASAGÃO, Mário. **Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Tomo III. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1951.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. **Permissão e Concessão de Serviço Público**. *In*: Revista de Direito Público n. 6. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1969.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O equilíbrio econômico nos contratos administrativos**. *In: Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica da Concessão**. *In: Revista de Direito Público* n. 19. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

MELLO, Oswaldo Antônio Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

REALE, Miguel. **Natureza jurídica da permissão e da autorização**. *In: Direito Administrativo (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

REALE, Miguel. **Permissão de serviço municipal de transporte coletivo urbano**. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 631. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **A verdadeira “precariedade” das permissões**. *In: Revista de Direito Público* n. 86. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

TÁCITO, Caio. **Concessão de serviço de transporte aéreo – Equilíbrio financeiro**. *In: Revista Trimestral de Direito Público* n. 16. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

VAUTHIER, Marcel. **Précis du Droit Administratif de la Belgique**. 3<sup>a</sup> ed. Bruxelles: Maison Ferdinand Larcier S.A., 1950.